

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**ESTUDO DE CASO: CONTROLE DO TCU SOBRE A ATUAÇÃO DA ANATEL A  
RESPEITO DA REVERSIBILIDADE DE BENS NO SETOR DE  
TELECOMUNICAÇÕES**

**Rodrigo Bortolini**

**Rio de Janeiro**

**2019/2**

**Rodrigo Bortolini**

**ESTUDO DE CASO: CONTROLE DO TCU SOBRE A ATUAÇÃO DA ANATEL A  
RESPEITO DA REVERSIBILIDADE DE BENS NO SETOR DE  
TELECOMUNICAÇÕES**

Monografia de final de curso elaborada no âmbito da  
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms.  
Daniel Capecchi Nunes.**

**Rio de Janeiro**  
**2019/2**

## CIP - Catalogação na Publicação

B739e      Bortolini, Rodrigo  
ESTUDO DE CASO: CONTROLE DO TCU SOBRE A ATUAÇÃO  
DA ANATEL A RESPEITO DA REVERSIBILIDADE DE BENS NO  
SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES / Rodrigo Bortolini. --  
Rio de Janeiro, 2019.  
65 f.

Orientador: Daniel Capecchi Nunes.  
Coorientadora: Ana Luiza Fernandes Calil.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Controle do Tribunal de Contas sobre Agência  
Reguladora. 2. Sobreposição regulatória. 3. Regulação.  
4. Controle. I. Capecchi Nunes, Daniel, orient. II.  
Fernandes Calil, Ana Luiza, coorient. III. Título.

**Rodrigo Bortolini**

**ESTUDO DE CASO: CONTROLE DO TCU SOBRE A ATUAÇÃO DA ANATEL A  
RESPEITO DA REVERSIBILIDADE DE BENS NO SETOR DE  
TELECOMUNICAÇÕES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da  
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de  
Janeiro, como requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms.  
Daniel Capecchi Nunes.**

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Ms. Daniel Capecchi Nunes  
Orientador

---

Ms. Ana Luiza Calil  
Co-orientadora

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2019/2**

## **AGREDECIMENTOS**

Aos meus pais, Nelson e Jaqueline, meus avós, Gemima e Paulo, e minha tia Jade, que nunca mediram esforços para me amparar. Devo tudo a vocês.

Aos meus amigos, que tornaram essa caminhada mais leve e prazerosa. Vocês fazem valer a pena. Amo vocês.

Aos meus professores e, em especial, aos meus orientadores, Ana Luiza Calil e Daniel Capecchi Nunes, pela absoluta compreensão e por aceitarem me guiar nesse trabalho.

A Deus, por tudo.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo analisar o comportamento do Tribunal de Contas da União e da Agência Nacional de Telecomunicações dentro do cenário de sobreposição regulatória brasileiro. A partir dos estudos sobre regulação, autoridades reguladoras e Tribunais de Contas, será apresentada uma leitura de um caso específico de controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre uma atividade discricionária da Agência Nacional de Telecomunicações. Desse modo, serão objetos de estudo tanto o controle promovido pelo Tribunal de Contas da União quanto a reação da Agência Nacional de Telecomunicações.

**Palavras-Chave:** Direito Regulatório. Controle. Sobreposição Regulatória. Tribunal de Contas. Agência Reguladora.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the behavior of the Federal Court of Audit and the National Telecommunications Agency within the scenario of Brazilian regulatory overlap. Based on the studies on regulation, regulatory authorities and the courts of auditors, a reading of a specific case of control exercised by the Federal Court of Audit over a discretionary activity of the National Telecommunications Agency will be presented. Thus, the control promoted by the Federal Court of Audit and the reaction of the National Telecommunications Agency will be the object of study.

**Keywords:** Regulatory Law. Control. Regulatory Overlap. Audit Office. Regulatory Agency.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1     SOBREPOSIÇÃO REGULATÓRIA ENTRE TRIBUNAL DE CONTAS E AGÊNCIA REGULADORA .....</b>	<b>12</b>
1.1.   REGULAÇÃO .....	13
1.2.   AGÊNCIAS REGULADORAS .....	19
1.3.   TRIBUNAIS DE CONTAS .....	23
1.4.   O CONTROLE SOBRE AS AGÊNCIAS.....	27
<b>2     TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E REGULAÇÃO .....</b>	<b>30</b>
2.1.   UNIDADE TÉCNICA E PLENÁRIO .....	30
2.2.   MECANISMOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA CONTROLAR A REGULAÇÃO .....	32
2.3.   PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA REGULAÇÃO NO BRASIL 33	
<b>3     ESTUDO DO CASO 024.646/2014-8/TCU: REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.....</b>	<b>39</b>
3.1.   ACÓRDÃO 2142/2019: CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A REGULAÇÃO DA ANATEL .....	43
3.2.   REAÇÃO DA ANATEL .....	45
3.3.   COMENTÁRIOS SOBRE O ACÓRDÃO 2142/2019.....	48
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>58</b>



## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar a atuação do Tribunal de Contas da União no setor regulado de telecomunicações em um caso específico de confronto com a política desempenhada pela ANATEL.

Para que o Estado promova a sua finalidade, que o legitima, deve dispor de uma estrutura administrativa formada por órgãos e agentes públicos balizada pela Constituição Federal. Essa estrutura, é claro, demanda a gestão de recursos e de patrimônios públicos. De modo a evitar os abusos decorrentes desse exercício de poder, instituem-se instâncias de controle com o objetivo de contê-lo, garantindo-se a legitimidade estatal.

É inconcebível num Estado Democrático de Direito a inexistência de mecanismos de controle dos atos estatais. Assim, a existência dos Tribunais de Contas em um Estado Democrático de Direito decorre da necessidade de controle ou da necessidade de se impor limites ao poder em prol da satisfação do interesse público<sup>1</sup>.

O advento das agências reguladoras, por sua vez, insere-se no contexto da reforma do Estado brasileiro, que remonta aos anos 90. Nesse cenário, revisou-se a atuação do Estado na prestação dos serviços públicos, os quais englobam toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

As normas que instituem essas agências delimitam sua natureza jurídica como autarquias, com funções especiais, destacando-se a sua maior autonomia financeira e funcional. Diante disso, o Estado brasileiro, a partir do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90), afastou-se gradualmente da prestação direta dos serviços públicos, reservando para si a atividade de regulação e fiscalização, que passaram a ser exercidas também por agências, criadas por lei. Esses serviços, agora realizados por agentes, via de regra, estranhos à Administração, concretiza-se por meio de instrumentos próprios, previstos na Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> SILVA, Marco Aurélio Souza da. **Tribunais de Contas: Teoria e prática da responsabilização dos agentes públicos e privados por infração administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Ao mesmo tempo, os Tribunais de Contas têm se reforçado ao longo dos anos, com uma tendência expansiva das suas funções de controle. Assim, mais que entidades burocráticas de apoio ao Legislativo, esses Tribunais tornaram-se verdadeiras instâncias de poder, com funções abrangentes de fiscalização e controle.

É nesse contexto que a doutrina aponta exemplos práticos do comportamento das Cortes de Contas, em especial do Tribunal de Contas da União (TCU), no controle das atividades da área de regulação. Com o amadurecimento das agências, sobretudo em nível federal, colocam-se em evidência as demandas apresentadas, sobretudo, pelas Casas do Congresso e pelo Ministério Público Federal. Nesse cenário, os exemplos práticos mais relevantes, que permitem analisar o comportamento do TCU, despontam principalmente nos setores de telecomunicações e energia (elétrica e petróleo).

A reforma do Estado brasileiro redimensiona o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos, que assume uma função mais destacadamente regulatória. Nesse contexto, as agências reguladoras são entidades dotadas de maior autonomia financeira, administrativa e patrimonial. Já os Tribunais de Contas, como instâncias de controle, detêm competência constitucional para fiscalizar e julgar determinados atos das agências reguladoras.

Os limites do controle estão no centro da questão, uma vez que são inúmeras as premissas de controle do Tribunal. O controle, sob essas premissas, assume diversas formas e possibilidades.

Por exemplo, há quem defenda que além de se falar em acompanhamento da execução contratual dos serviços concedidos, fale-se também na possibilidade de controle social, instrumentalizado pelo Tribunal. Considerando que a participação da sociedade civil é peça chave no Plano de Reforma do Estado e que a sociedade civil brasileira ainda não dispõe de mecanismos plenos de mobilização no âmbito da cidadania, os Tribunais de Contas poderiam, de algum modo, configurar instância relevante de *accountability*.

O controle realizado pelo Tribunal de Contas, no regime jurídico-constitucional brasileiro, pode ocorrer prévia, concomitantemente e posteriormente ao ato fiscalizado. Além disso, não se limita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial

apenas no que diz à legalidade, mas se estende também à legitimidade e à economicidade dos atos fiscalizados, nos termos do art. 70, caput da Constituição.

Torna-se mais fácil visualizar a regularidade do controle quando o objeto fiscalizado vai de encontro à legalidade, aspecto mais objetivo da atribuição de fiscalização do Tribunal. Contudo, não é bem assim quando a fiscalização parte de conceitos menos determinados, como a “legitimidade”, a “economicidade”, a “eficiência” e o “interesse público” do ato, principalmente quando a entidade fiscalizada é uma Agência Reguladora.

A análise dos limites dessas atribuições do Tribunal de Contas nesse tema específico torna-se ainda mais nebulosa, se considerado que, ao longo dos anos, as atribuições do Tribunal foram, pouco a pouco, alargadas. Em outras palavras, além das competências previstas na Constituição, várias outras foram conferidas ao Tribunal por meio de leis específicas, dentre as quais se destacam a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações e Contratos e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

As Agências, por sua vez, autarquias especiais, integrantes da Administração Pública, devem ter seus atos fiscalizados nos termos do ordenamento jurídico. Porém, dada a importância dessas Agências no cenário de um Estado regulador, corre-se o risco de que o Tribunal, no exercício de seu poder fiscalizatório, invada as atribuições das Agências, esvaziando sua competência de regular o mercado e os serviços.

Torna-se fácil constatar que o Tribunal não pode substituir as Agências, devendo zelar pela atuação pronta e efetiva dos entes reguladores, para assegurar a adequada prestação de serviços públicos à população<sup>2</sup>. Isso, contudo, não deve impedir que o Tribunal de Contas exerça as suas atribuições constitucionais.

Sendo assim, a justificativa da presente monografia decorre da legitimidade democrática do controle do Tribunal e da legitimidade de atuação da Agência, que resultam no cenário de sobreposição regulatória.

---

<sup>2</sup> ZYMLER., Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras**. In *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2002.

Para delimitar o estudo, o tema será o controle do Tribunal de Contas da União sobre uma atividade de competência discricionária da ANATEL, dentro de um caso que envolve a regulação da ANATEL sobre bens reversíveis.

O objetivo será investigar os fundamentos teóricos da legitimação dos poderes de regulação da Agência, bem como de controle do Tribunal, verificando, ao final, o comportamento de cada um diante do conflito regulatório.

Partindo do pressuposto de que há sobreposição regulatória, será investigado, no caso concreto, como o Tribunal de Contas da União se comportou para reformar um entendimento regulatório de mais de uma década. Além disso, deve ser investigado como a ANATEL reagiu à determinação de nova regulação, sob o pretexto do exercício do controle.

Também será avaliado se o controle promovido se alinha às diretrizes de Estado trazidas pela Constituição.

Por fim, serão utilizados os métodos de levantamento bibliográfico, envolvendo análise teórica e documental, pesquisa jurisprudencial e análise de caso.

## 1 SOBREPOSIÇÃO REGULATÓRIA ENTRE TRIBUNAL DE CONTAS E AGÊNCIA REGULADORA

Este capítulo se divide em quatro tópicos, a fim de tratar dos temas: i) regulação, ii) Agências Reguladoras, iii) Tribunais de Contas, e iv) controle das Agências. Porém, antes de adentrá-los, algumas considerações devem ser feitas.

Objetiva-se, nesse capítulo, apresentar o paradigma de sobreposição regulatória entre Tribunal de Contas e Agência Reguladora no Brasil, tendo como plano de fundo o controle do ato administrativo finalístico de uma autoridade reguladora. Para isso, o ponto de partida será a diferenciação entre vinculação e discricionariedade do ato administrativo.

A atividade regulatória será tomada como espécie do gênero atividade administrativa<sup>3</sup>, que se consubstancia por meio de atos administrativos.

Ato vinculado será entendido como aquele que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece, não gozando de liberdade de apreciação da conduta, limitando-se a repassar para o ato o comando da lei. Já os atos discricionários serão aqueles que decorrem da autorização legal para que o agente escolha sua conduta, levando em consideração a finalidade do ato<sup>4</sup>. Essa autorização não significa uma liberdade absoluta de agir para o administrador.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o que chama de fim legal, que é o alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo esta conformidade, o ato afronta o princípio da legalidade<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “A atividade regulatória é espécie do gênero atividade administrativa. Mas trata-se de uma espécie bastante peculiar. Como já pude afirmar em outra oportunidade, *é na moderna atividade regulatória estatal que melhor se manifesta o novo paradigma de direito administrativo*, de caráter menos autoritário e mais consensual, aberto à interlocução com a sociedade e permeado pela participação do administrado” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Pensando o controle da atividade regulação estatal**. In: GUERRA (Coord.). *Temas de direito regulatório*, p. 202.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 135.

<sup>5</sup> Ibid. p. 135.

A escolha discricionária será entendida como possível em uma pluralidade de situações, sendo capaz de gerar atos discricionários de natureza e efeitos distintos. Nesse sentido, a premissa é de que a escolha feita pelo administrador (regulador) não pode ser compreendida e controlada de forma unívoca, com o mesmo grau de intensidade, havendo necessidade de se examinar a oportunidade e conveniência sob diversas lentes, de acordo com o caso concreto<sup>6</sup>.

Em último lugar, a sobreposição regulatória será apresentada como um fenômeno que decorre da legitimidade de atuação dos Tribunais de Contas e das autoridades reguladoras. Assim, após se apresentar um resumido conceito de regulação, serão apreciados alguns elementos relevantes para os conceitos de Tribunal de Contas, autoridades reguladoras e controle.

### 1.1. Regulação

Alexandre Santos de Aragão assinala que embora o mercado seja decorrência natural e espontânea do dinamismo social, ele não deixa de ser também uma criação jurídica, uma vez que só pode se desenvolver caso existam os veículos e as garantias jurídicas necessárias. Ainda assim, reconhece que os aspectos de maior dinamismo do mercado são dificilmente apreensíveis pelo Direito, seguindo uma lógica própria que se distancia do controle estatal<sup>7</sup>.

De acordo com o autor, a relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, variando de acordo com as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Dessa maneira, há uma relação de mútua ingerência e limitação, onde o Direito pode de alguma maneira limitar e direcionar as atividades econômicas, que por sua vez influenciam as normas jurídicas em sua edição e aplicação, moldando-as, também, limitadamente, às necessidades do sistema econômico<sup>8</sup>.

A regulação é, desse modo, um fenômeno complexo, principalmente porque empregada em razão de situações concretas da sociedade e a fim de dar objetividade ao estudo, e tendo em

---

<sup>6</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 91.

<sup>7</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 23.

<sup>8</sup> Ibid. p. 23 - 24.

vista o aspecto econômico da atividade da regulação, será adotado como conceito de regulação estatal da economia o seguinte:

[C]onjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.<sup>9</sup>

Para Gaspar Ariño Ortiz, a regulação de setores estratégicos se justifica em virtude de algumas dessas duas opções: a opção de favorecer determinadas prestações ou a opção de suprimir gargalos e insuficiências de mercado<sup>10</sup>. Para Marçal Justen Filho, “*o objetivo da regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de valores e princípios fundamentais*”<sup>11</sup>.

Nesse sentido, falam-se nas falhas do mercado. As falhas são inerentes aos sistemas de mercado e frequentemente comprometem a alocação mais adequada dos recursos. Diante disso, a liberdade negocial irrestrita é incompatível com o que Freitas, Trindade e Volkweiss chamam de bem-estar socioambiental<sup>12</sup>.

Para os autores, “[o]s mercados carregam deficiências genuínas que não têm como ser resolvidas por meio da pura e simples invocação da autonomia privada”. E mais: “[a] maximização do interesse individual, por si, pode engendrar tragédias socioambientais”<sup>13</sup>.

Como pontuam os autores, reconhecer isso não significa estar de acordo com o cerceamento da livre concorrência. Pelo contrário, uma boa regulação protege a liberdade

<sup>9</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 40.

<sup>10</sup> “*La regulación para la competencia en los sectores estratégicos se justifica en virtud de algunas de las dos opciones siguiente: a) la opción positiva a favor de determinadas prestaciones para todos, que induce a regular sus modalidades de provisión; o, b) la opción negativa de supresión de cuellos de botella e insuficiencias del mercado, que lleva a corregir regulatoriamente los abusos que de ellas podrían derivar-se.*” ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*..3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004, p.660-662.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 43, 2007, p. 19-40

<sup>12</sup> FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, Antônio Carlos Machado. Direito da regulação: falhas de mercado. *Int. Públ.*: IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p.133-153, jan./fev. 2016, p. 134.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 135.

contra seus eventuais abusadores<sup>14</sup>, não merecendo o abuso de poder de mercado ser confundido com a autonomia da vontade individual<sup>15</sup>.

Dessa forma, o conceito de autonomia é reformulado compreendendo a intervenção regulatória proporcional como uma condição para o seu exercício, mesmo entendida como a capacidade de se autogovernar<sup>16</sup>. Desse modo, “*a autodeterminação, consoante a qual a razão livre do indivíduo não pode receber pressões arbitrárias, só faz sentido se e quando regulada e exercida de maneira socioambientalmente razoável*”<sup>17</sup>.

As falhas de mercado são entendidas então como um desvio dos imperativos constitucionais da ordem econômica, onde a regulação faz frente de forma corretiva e preventiva. A regulação caracteriza-se então pelo dever de avaliação contínua, atentando-se para o risco de captura pelos abusadores de poder do mercado e observando as variáveis econômicas, ambientais e sociais<sup>18</sup>.

Na percepção de Patrícia Baptista, o Estado brasileiro iniciou, no final do século XX, uma mudança de rumo no sentido de se transformar em um Estado Regulador. Aduz que, com o Programa Nacional de Desestatização (Lei Federal nº 8.031/90), o Brasil iniciou um processo de desestatização da economia e de privatização de empresas estatais e de serviços público, aprofundando-se ao longo dos anos a redução da atuação direta do Estado no domínio econômico<sup>19</sup>.

A Administração pública foi, então, reconfigurada a fim de exercer um novo papel em relação a essas atividades que foram desestatizadas.

Para a professora, esse novo papel, o de regular, é muito mais do que disciplinar por meio de normas; é “*fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar*”. E continua: é “*um conjunto de ações*

---

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; VOLKWEISS, Antônio Carlos Machado. Direito da regulação: falhas de mercado. **Int. Públ.**: IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 95, p.133-153, jan./fev. 2016, p. 135.

<sup>15</sup> Ibid. p, 136.

<sup>16</sup> Ibid. p, 135.

<sup>17</sup> Ibid. p, 136

<sup>18</sup> Ibid. p, 149.

<sup>19</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 59 – 60.



*tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica [...] em consonância com os interesses da coletividade”<sup>20</sup>.*

Dessa forma, é possível classificar os poderes inerentes à regulação em três grandes conjuntos, que são: i) o de editar a regra; ii) o de assegurar a sua aplicação; e iii) o de reprimir as infrações, “*mesmo que essas infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado*”<sup>21</sup>.

E sob quaisquer destas formas de poder, existem três principais searas onde se exerce a regulação, que são, nas palavras de Aragão:

(a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.<sup>22</sup>

Ressalta Patrícia Batista que a implantação do modelo regulador no Brasil não se resumiu às desestatizações e à criação das Agências Reguladoras. Ela veio acompanhada da pretensão de uma maior eficiência do Administração<sup>23</sup>. Nesse sentido, foi introduzido o conceito de administração pública gerencial, “*com a finalidade de aproximarem-se os critérios de gestão pública dos padrões da gestão privada*”.

Assim, a Emenda Constitucional da Reforma Administrativa de 1998, aprovada em 1998, inseriu na Constituição diversas normas com o objetivo de tornar a gestão pública mais eficiente. Cita a autora, como exemplo, a positivação do princípio da eficiência, a previsão de avaliação de desempenho dos servidores públicos e o contrato de gestão<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 60 – 62.

<sup>21</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 40.

<sup>22</sup> Ibid. p. 26 - 27.

<sup>23</sup> BAPTISTA, Patrícia. A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015. p. 60 – 65.

<sup>24</sup> Ibid. p. 62 – 65.

Importante salientar que o advento do Estado regulador compreende mecanismos jurídicos e materiais de acompanhamento também da atividade privada. De acordo com Marçal Justen Filho, “*os agentes devem não só buscar objetivos delimitados pelo Estado, mas também cumprir as formalidades destinadas a comprovar a correção de sua conduta*”<sup>25</sup>.

Tendo em vista a atual complexidade social, com numerosas interdependências, é comum que uma intervenção reguladora em um âmbito parcial do conjunto social repercuta em outros, fazendo com que a vantagem parcial seja menor que as desvantagens globais. Para completar, deve se considerar que boa parte das instituições sociais nasceram e se desenvolveram como resultado da ação humana espontânea<sup>26</sup>. Assim, a regulação, por mais consciente e pretensamente técnica, esbarra no dinamismo próprio da sociedade e da economia.

Devemos ter em vista que foi ultrapassada a separação absoluta outrora existente entre estado e sociedade. Há uma interpenetração entre ambos. O estado é um instrumento de organização da sociedade, ao passo que o bem-estar desta é o objeto do Estado. Sendo assim, a tecnização, diferenciação e autonomização dos vários subsistemas sociais tiveram a mesma consequência na organização das esferas decisórias estatais. Sem se tecnicizar, diferenciar e autonomizar internamente o estado se distanciaria da sociedade a que incumbe regular. Uma regulação estatal homogênea, centralizada e desprovida dos meios técnicos necessários seria insuscetível de produzir os efeitos desejados na sociedade à qual deve servir.

A superação da oposição público/privado, conjugada com a “despolitização” de uma série de funções estatais, leva ao que JACQUES CHAVALLIER denomina de “ruptura do monolitismo de uma Administração que evolui para a adoção de um modelo ‘policêntrico’ caracterizado pela coexistência de vários centros de decisão e de responsabilidade.”<sup>27</sup>

O fenômeno da descentralização administrativa deve ser apresentado como um atributo da complexidade e coordenação do direito administrativo contemporâneo, que se verifica pela pluralidade de agentes não hierarquizados atuando setorialmente, sem romper a ordem administrativa e centralizando-se em algo em algum momento.

Assim, pode-se dizer que existe uma fragmentação harmônica da organização administrativa, na medida em que cada uma dessas autoridades desempenha um papel importante na função de administrar. Isso, contudo, não torna a atividade administrativa desorganizada ou irracional, apenas rompe com a tradicional estrutura hierarquizada:

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 43, 2007, p. 19–40

<sup>26</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. Ibid. p. 28.

<sup>27</sup> Ibid. p. 206.

Não há antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.

Vemo-nos diante de um direito administrativo mais complexo e plural que abandona a ideia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica; que a substituiu por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.<sup>28</sup>

Dentro desse novo papel do Estado, trava-se outra discussão: quanto aos limites decorrentes da ordem jurídico-constitucional para o exercício da regulação. Assim, afirma Floriano de Azevedo Marques Neto que se antes discutia-se principalmente quais os limites para o Estado – mediante suas empresas, sociedades de economia mista, monopólios ou regimes de exclusividade – assumir diretamente a exploração das atividades econômicas, agora indaga-se até onde o poder público pode impor ou manejar regimes regulatórios específicos sobre setores da economia<sup>29</sup>.

Diante disso, questiona-se se existem limites na Constituição para a regulação estatal da economia e, se existem, como eles atuam conformando a regulação. O professor conclui que a regulação estatal, embora expressamente prevista na Constituição, constitui circunstância excepcional, onde a regra é a livre iniciativa<sup>30</sup>.

Entendendo que a regulação interfere no princípio da livre iniciativa, é importante que existam razões suficientemente densas a fim de justificá-la. Desse modo, a presença de uma finalidade pública ou razão de interesse público torna legítima a restrição da liberdade econômica, desde que concilie a liberdade da empresa com regulação<sup>31</sup>.

Fato é que a regulação deve ser orientada constitucionalmente. E nesse sentido, a interpretação de Juarez Freitas é a de que a regulação deve ser compatível com o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável <sup>32</sup>, “*voltando-se à concretização do*

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 210 – 213.

<sup>29</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69 - 92, jan./mar. 2003. p. 69 – 70.

<sup>30</sup> Ibid. p. 74.

<sup>31</sup> Ibid. p. 74 – 82.

<sup>32</sup> Arts. 3º, 225 e 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

*desenvolvimento inclusivo, ambientalmente limpo, probo e eficiente, no intuito de assegurar [...] o direito ao bem-estar multidimensional*”<sup>33</sup>. Além disso, deve assumir uma feição emancipatória e dialógica<sup>34</sup>.

## 1.2. Agências Reguladoras

Nesse esgotamento do modelo centralizado e hierárquico de administração pública, inserem-se as Agências Reguladoras. E, para os fins dessa monografia, essas também serão denominadas autoridades reguladoras<sup>35</sup>.

Ante a pluralidade e complexidade da sociedade, a administração pública se fragmenta também com o surgimento de entidades independentes e, em certo grau, autônomas. A mudança na forma como o Estado intervém na ordem econômica torna necessário o surgimento de instrumentos aptos a viabilizar essa nova forma de intervenção. E dentre eles destacam-se as Agências.

As Agências se inserem em um contexto de maior liberdade de atuação do Estado e de consensualização da Administração pública. Assim, “[o]s *órgãos reguladores de nova geração substituem a autoridade unilateral e adjudicatária pela autoridade negocial, permanentemente construída*”. A legitimação dessa autoridade terá que se dar não simplesmente pela presunção de supremacia do poder público, mas principalmente:

- i) pelo respeito às regras do jogo; ii) pela clareza dos objetivos e princípios estabelecidos pelo setor; iii) pela transparência do procedimento regulatório; iv) pela

<sup>33</sup> FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A & C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p.93-105, jan./mar. 2016. p. 94.

<sup>34</sup> Ibid. p. 97.

<sup>35</sup> Marques Neto critica a denominação “Agência Reguladora”, apontado sua imprecisão técnica à luz do direito positivo brasileiro. Aponta como primeira inconveniência a importação das *agencies* do direito norte-americano, entendidas lá como órgãos públicos em sentido mais amplo. Como segunda inconveniência, destaca a utilização no direito brasileiro do termo “Agência” para designar outros objetos. Como terceira inconveniência, aponta que a Constituição Federal de 1988 ao fazer menção à entidade reguladora, adota o termo “órgão regulador” e não “Agência”.

Apesar da crítica, reconhece que a essa altura o direito positivo já introduziu o conceito de Agência para a grande maioria das autoridades reguladoras, mesmo existindo aquelas que não são chamadas de Agência. O termo sugerido pelo autor, baseando-se na doutrina europeia, é “autoridade reguladora independente” justamente por defender tratar-se de i) órgão público, dotado de autoridade; ii) voltado ao exercício da função de regulação e iii) caracterizado pela independência. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 53 – 55).

capacidade de interlocução com os diversos atores envolvidos; e v) pela detenção do conhecimento técnico aplicável ao setor.<sup>36</sup>

Elas devem ser concebidas com ampla transparência e permeabilidade, de modo a receber e processar demandas e interesses dos regulados, dos consumidores e do próprio poder político<sup>37</sup>, sendo essa nova regulação determinada pela perspectiva de um Estado pretender intervir em setores da economia:

i) sem afastar a participação dos agentes privados; ii) separando as tarefas de regulação das de exploração de setor por ente controlado seu; iii) orientando sua intervenção predominantemente para a defesa dos interesses dos cidadãos enquanto participantes das relações econômicas travadas no setor regulado; iv) procurando manter o equilíbrio interno ao setor regulado, de modo a permitir a preservação e incremento das relações de competição (concorrência), sem descuidar da tarefa de imprimir ao setor pautas distributivas ou desenvolvimentistas típicas de políticas públicas; e, por fim, v) exercendo a autoridade estatal por mecanismos e procedimentos menos impositivos e mais reflexivos (permeáveis à composição e arbitramento de interesses), o que envolve maior transparência e participação na atividade regulatória.<sup>38</sup>

Como uma das suas características, tem-se a multiplicidade de funções e competências que é própria da atividade regulatória. E o que legitima a atuação do regulador é a sua capacidade de combinar de forma eficiente o equilíbrio de sistema regulado com o atingimento de objetivos de interesse geral preditados para o setor.

Por isso é necessário que a autoridade reguladora disponha de competências e instrumentos amplos e efetivos. Por mais que uma Agência possa deter funções multisetoriais e gerais, a especialização é um traço marcante<sup>39</sup>, devendo sua atuação ser marcada

<sup>36</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A nova regulação estatal e as Agências independentes**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72-98.

<sup>37</sup> Ibid. 46 – 52.

<sup>38</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 46.

<sup>39</sup> Embora não seja impossível a existência de órgãos de regulação multisetoriais ou gerais, é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Neste sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como o déficit entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 48 – 49)

profundamente pela busca do equilíbrio<sup>40</sup> e pela neutralidade<sup>41</sup>, traço mais polêmico da regulação.

Fernando Dias Menezes de Almeida, analisando as leis de criação das Agências Reguladoras brasileiras conclui que o conteúdo da regulação, como atividade da Administração, importa as funções de:

(i) **planejamento**; (ii) **incentivo** (fomento); e (iii) **fiscalização** (controle). Caso a regulação envolva exercício de poder normativo, tal poder há de se resumir a: (i) **edição de normas para tratar de assuntos interna corporis do órgão regulador**; (ii) **edição de normas para explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada**; e (iii) **edição de normas infralegais e, nos casos em que couber regulamento, infra regulamentares, concretizando, assim, a previsão de normas superiores**.<sup>42</sup> [sem grifos no original]

---

<sup>40</sup> “Outra característica que deve ser perseguida na regulação é o equilíbrio. Equilíbrio que deve se manifestar também em duas acepções. De um lado, o equilíbrio traduzido na mediação, sopesamento e interlocução entre os vários interesses existentes no setor regulado. Como em outra feita afirmamos, “a emergência de entes reguladores autônomos corresponde indubitavelmente À necessidade do poder político de constituir espaços em que sejam possíveis a articulação e a mediação de interesses, em que seja viável a interlocução com os diversos pólos de poder político existentes na sociedade contemporânea. Mais ainda, traduz-se como uma resposta à necessidade de flexibilidade e de comunicabilidade que revestem o intervencionismo hodierno.

Esse caráter de busca de equilíbrio pela mediação de interesses dentro do sistema mediado decorre, de um lado, da necessidade de o Estado interagir com os atores privados como forma de legitimar sua intervenção na ordem econômica e de outro, do fato de que a regulação é exercida hoje em ambientes abertos à competição. Neste quadrante a regulação deve favorecer não a imposição de pautas regulatórias, mas a busca do consenso e da mediação de interesses, sem perder de vista a tutela dos interesses gerais da sociedade. Ou seja, o regulador deve praticar aquilo que outra feita designei de mediação-ativa.

De outro lado o equilíbrio se traduz também na necessária estabilidade que deve ser assegurada na regulação. Voltando-se ela para setores em que se quer ver vicejar a competição e a atuação dos atores privados, coloca-se como essencial que a regulação só não obste como também promova a previsibilidade de expectativas.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 49 – 50)

<sup>41</sup> Por fim, o traço talvez mais polêmico dessa nova regulação. Trata-se da necessária neutralidade (equidistância) que o ente regulador deve manter em face dos interesses regulados, incluídos aí também os interesses do Poder Público (quer quando controle algum operador sujeito à regulação, quer no tocante aos próprios interesses de ordem geral que se queira ver imprimidos no setor regulado).

Recorrendo uma vez mais a Vital Moreira e Fernanda Maçãs, o surgimento dos entes encarregados da regulação objetiva ‘garantir a neutralidade política da gestão administrativa que desempenham, assegurando que o setor sobre o qual actuam se desenvolva de acordo com suas próprias regras, as regras e os critérios técnicos do setor em causa.’ Importa dizer que essa neutralidade não significa que o regulador atue contra os interesses dos regulados ou em contraposição aos desígnios do Poder Público. Significa, sim, que no exercício de suas atividades o ente regulador deve manter equidistância dos interesses verificados no setor regulado, de modo a exercer, com prudência e proporcionalidade, suas competências de forma a melhor atingir aos objetivos visados com a regulação. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009. p. 50 – 51).

<sup>42</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 12, 2005, p. 93-94.

Essas funções, diga-se, se exercem tanto sobre serviços públicos quanto sobre a atividade econômica. Nesse sentido, é inegável o papel das Agências Reguladoras sobre as atividades privadas.

As manifestações do Estado Regulatório se traduzem na assunção pelo Estado de grandes parcelas de poder de controle sobre as atividades privadas. A asserção se aplica especialmente ao setor da prestação de serviços públicos, mas não deixa de incidir também sobre o segmento das atividades econômicas propriamente ditas (reservado pela Constituição preponderantemente ao desempenho pelos particulares). Mas pode abranger inclusive outras manifestações privadas, ainda que destituídas imediatamente de cunho econômico.<sup>43</sup>

No tema das Agências, outro ponto que vem à discussão é o da legitimação democrática, que é importante principalmente quando se fala nos limites ao controle, seja jurisdicional, seja dos órgãos como Ministério Público ou Tribunal de Contas. Nesse sentido, é que se levanta a discussão do déficit democrático das Agências, que estaria marcado pelo fato de os dirigentes das Agências não se submeterem ao voto popular, principalmente quando em conflito com uma determinada escolha política sufragada nas urnas<sup>44</sup>.

Porém, considerando que a Agência se insere no contexto da administrativização do Direito Público e que os seus dirigentes possuem estabilidade temporária desenhada por lei, a afirmação de déficit democrático merece ser repensada<sup>45</sup>.

A fim de fortalecer a atuação das Agências Reguladoras é que foram construídos pela legislação, doutrina e jurisprudência, mecanismos legitimadores. Nas lições de Aragão<sup>46</sup>, o primeiro mecanismo legitimador seria a própria lei, considerando que as Agências são necessariamente uma criação legislativa, mantendo-se sempre a possibilidade de interferência do legislador, seja para alterar o seu regime jurídico, ou mesmo para extingui-las.

---

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 43, 2007, p. 19–40.

<sup>44</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465 - 466.

<sup>45</sup> Art. 3º A natureza especial conferida à Agência Reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. (Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019).

<sup>46</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465 - 477.

Além disso, as leis que tratam das Agências são, na forma do art. 61, §1º, II, ‘e’, CF, de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, sendo ilegal qualquer criação, modificação ou extinção sem a sua iniciativa. Assim, verifica-se, quando se fala nas Agências, ampla atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, ficando os seus atos ainda sujeitos ao controle jurisdicional.

Finalmente, a capacidade das Agências Reguladoras de ponderar entre os interesses envolvidos, podendo realizar a maior efetividade possível de todos eles, bem como sua capacidade de legitimar o processo decisório por meio da participação difusa no processo de tomada de decisões, seriam outros legitimadores. Isso sem falar da ideia de neutralidade, guardadas as devidas proporções do que isso pode significar, a partir da origem da teoria dos poderes neutrais<sup>47</sup>.

### 1.3. Tribunais de Contas

Como o caso que será analisado ao final dessa monografia envolve o comportamento do Tribunal de Contas da União (TCU), toda menção à Corte de Contas feita de forma ampla poderá ser compreendida como se tratando do âmbito da União.

A Constituição Federal situou o Tribunal de Contas no âmbito do Congresso Nacional, como seu auxiliar no controle externo, nos termos do art. 71, caput.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;  
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil,

---

<sup>47</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 465 – 477.



- financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
- V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
- VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
- VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
- IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
- X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
- XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz questão de destacar que o exercício do controle externo pertence ao Congresso Nacional, do qual o Tribunal de Contas é auxiliar. Isso quer dizer que o titular da função de fiscalização é o Congresso Nacional, um órgão político.

Nesse sentido, configuraria desvio de função, na visão da autora, a pretensão do TCU de enveredar pela esfera política<sup>48</sup>. Porém, o termo “auxílio”, previsto na Constituição, pode também não ser interpretado como uma imposição de hierarquia entre Congresso e TCU. Pode ser entendido mais no sentido de afirmar que o Congresso Nacional deverá realizar o controle externo, com a necessária participação do Tribunal de Contas.

Fato é que, com hierarquia ou não, apesar de dotado de algum grau de autonomia, o TCU é órgão auxiliar do Congresso Nacional. E partindo do pressuposto de que o Estado brasileiro adota a teoria tripartite do Poder, tal como disposta no art. 2º da Constituição<sup>49</sup>, seria irrazoável entender o Tribunal de Contas afastado de qualquer dos poderes.

É certo que essa discussão, a da autonomia do Tribunal, é muito mais profunda<sup>50</sup>, mas é nessa qualidade de órgão auxiliar do poder legislativo que o Tribunal de Contas será analisado daqui em diante.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013. p. 16.

<sup>49</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

<sup>50</sup> ROSILHO, A. J. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da união**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 45-49.

Atrelada à ideia de separação dos poderes está a necessidade de um sistema de pesos e contrapesos, por meio dos quais cada Poder possa controlar os abusos advindos do exercício das competências dos demais. Esse controle é previsto tanto em âmbito interno, entendido dentro da própria estrutura institucional do Poder, quanto no âmbito externo, quando um Poder freia o outro. Assim, a atribuição do TCU não se afasta disso.

Ainda que na condição de auxiliar, fato é que a Corte goza de expressiva capacidade de controle e é nesse cenário que podem ocorrer eventuais sobreposições regulatórias. Além das competências previstas na Constituição, várias outras têm sido conferidas ao Tribunal por meio de leis específicas, dentre as quais se destacam a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem como a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

Essa última é importante na medida em que, além de ampliar, especifica as competências da Corte. Veja-se:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

III - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, nos termos do art. 36 desta Lei;

IV - acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no Regimento Interno;

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

VI - efetuar, observada a legislação pertinente, o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos;

VII - emitir, nos termos do § 2º do art. 33 da Constituição Federal, parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal, no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento, na forma estabelecida no Regimento Interno;

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;  
 IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei;  
 X - elaborar e alterar seu Regimento Interno;  
 XI - eleger seu Presidente e seu Vice-Presidente, e dar-lhes posse;  
 XII - conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses;  
 XIII - propor ao Congresso Nacional a fixação de vencimentos dos ministros, auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal;  
 XIV - organizar sua Secretaria, na forma estabelecida no Regimento Interno, e prover-lhe os cargos e empregos, observada a legislação pertinente;  
 XV - propor ao Congresso Nacional a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções do Quadro de Pessoal de sua Secretaria, bem como a fixação da respectiva remuneração;  
 XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nos arts. 53 a 55 desta Lei;  
 XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

Para Rosilho<sup>51</sup>, essas competências se consubstanciam em seis grupos, quais sejam os poderes para i) editar normas; ii) praticar atos sancionatórios; iii) praticar atos de comando; iv) levantar dados e produzir informações; v) formular orientações gerais; e vi) representar.

Quanto ao alcance da jurisdição, dois dispositivos se destacam: o art. 70, parágrafo único da Constituição<sup>52</sup> e o art. 5º da Lei Orgânica do TCU. E é por força especialmente desse último que a atuação do TCU é bastante ampliada.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

- I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;
- II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;
- III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;
- IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

<sup>51</sup> ROSILHO, A. J. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da união**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 121 – 309.

<sup>52</sup> Art. 70, Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

#### 1.4. O Controle sobre as Agências

O controle realizado pelo Tribunal de Contas, no regime jurídico-constitucional brasileiro, pode ocorrer prévia, concomitantemente e posteriormente ao ato fiscalizado, não se limitando à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial apenas no que diz à legalidade. Ele se estende também à legitimidade e à economicidade dos atos fiscalizados, nos termos do art. 70, caput da Constituição.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Torna-se mais fácil visualizar a regularidade do controle quando o objeto fiscalizado vai de encontro à legalidade, aspecto mais objetivo da atribuição de fiscalização do Tribunal. Contudo, não é bem assim quando a fiscalização parte de conceitos menos determinados, como a legitimidade, a economicidade, a eficiência e o interesse público do ato. Principalmente quando a entidade fiscalizada é uma autoridade reguladora.

Embora o TCU possua funções fiscalizatórias, não deve ser ignorado que essas funções são limitadas materialmente. Pode-se dizer que são limitadas tanto pelo objeto alcançado pelo controle, quanto pelos parâmetros e consequências desse controle.

Quanto ao objeto do controle, é importante relembrar que de acordo com a Constituição a análise envolve a atuação contábil, financeira ou orçamentária da Administração. Nesse sentido, interpretando os limites de atuação do Tribunal de Contas, lecionam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

De modo que os poderes de intervenção direta do Tribunal de Contas (isto é, poderes de emitir atos de comando), restritos que são ao campo sob sua jurisdição específica, são limitados materialmente. Cabe ao Tribunal assegurar:

- a) a correta gestão dos recursos públicos, o que exige o exame de atos (ex.: atos de admissão de pessoal) e procedimentos (ex.: licitação de obras) pelos quais, direta ou indiretamente, se realizam a despesa pública e a receita pública (fiscalização financeira);
- b) a correta execução do orçamento público, o que envolve a análise tanto da observância das leis orçamentárias anuais e plurianuais, quanto das normas mais gerais que condicionam sua execução, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (fiscalização orçamentária);
- c) a correta contabilização dos recursos (fiscalização contábil); e
- d) a correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis (fiscalização patrimonial).<sup>53</sup>

Essa interpretação vem no sentido ainda de afirmar que, em se tratando de análise que fuja do campo contábil, financeiro ou contábil, a Administração não terá o dever de prestar contas ao Tribunal, pois este só conhece delas incidentalmente, ao fazer auditorias operacionais<sup>54</sup>.

As funções fiscalizatórias são limitadas também pelos seguintes parâmetros: a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Isto é, esses parâmetros devem pautar a atuação do TCU.

No que diz à legalidade, deve-se dizer que esta evoluiu para ser compreendida de forma ampliada, abrangendo o ordenamento jurídico como um todo (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais)<sup>55</sup>. Assim, ao analisar a legalidade de um determinado ato administrativo, o Tribunal de Contas não se limita à sua apreciação meramente formal, abarcando também normas de caráter infralegal, dentre as quais aquelas emanadas pelas autoridades reguladoras.

<sup>53</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 73-79, fev. 2018, p. 76.

<sup>54</sup> Ibid. p. 77.

<sup>55</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008, p. 141.

Sobre a legitimidade, pode-se dizer que essa compreende uma análise do mérito da despesa do agente público diante do planejamento fiscal desenhado pelo Estado brasileiro. Assim, ensina Odete Medauar que o aspecto da legitimidade engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça. O controle da legitimidade, então, significa a abertura para a política. *“Entenda-se: não para a política partidária, nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica”*<sup>56</sup>.

Por fim, quanto à economicidade, essa leva em conta a análise de custo-benefício dos gastos do Poder Público, de modo a verificar se, em linha com o princípio da eficiência, a Administração Pública alocou seus recursos da melhor forma possível face às circunstâncias concretas que influenciaram a decisão do gestor. A respeito deste parâmetro de controle, José Afonso da Silva afirma que ele “envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, do modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo/benefício”<sup>57</sup>. Por certo, o Tribunal de Contas não pode cumprir apenas um dos parâmetros e ignorar os demais.

---

<sup>56</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 131.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 472.

## 2 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E REGULAÇÃO

Neste capítulo serão apresentados aspectos relevantes do Tribunal de Contas da União e o seu papel na regulação do Brasil. Começando pela sua estrutura institucional e terminando com os seus mecanismos de fiscalização.

### 2.1. Unidade Técnica e Plenário

A estrutura do TCU é dada pela Lei Orgânica nº 8.443/92 e é composta por nove ministros<sup>58</sup>, sendo um presidente com mandato anual<sup>59</sup>, sendo um terço deles escolhidos pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal e dois terços pelo Congresso Nacional<sup>60</sup>. O órgão de cúpula do TCU é o Plenário, sendo permitido aos ministros a divisão em Câmaras<sup>61</sup>, existindo ainda o trabalho das unidades técnicas.

Essas unidades técnicas se materializam pela atuação dos auditores e do Ministério Público junto ao TCU, em uma variedade de diretorias e secretarias temáticas. Elas são especialmente importantes, uma vez que são as responsáveis por dar concretude à fiscalização chefiada pelos ministros.

A importância do cargo técnico é tanta que estes podem ser ministros substitutos e devem obrigatoriamente contar da lista tríplice indicada pelo Presidente da República quando da escolha de um novo ministro titular (art. 73, § 2º, I da Constituição Federal de 1988). No que diz ao controle das Agências Reguladoras e a relação com o corpo técnico, é mandatória a

<sup>58</sup> Art. 62. O Tribunal de Contas da União tem sede no Distrito Federal e compõe-se de nove ministros. (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

<sup>59</sup> Art. 69. Os ministros elegerão o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal para mandato correspondente a um ano civil, permitida a reeleição apenas por um período de igual duração. (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

<sup>60</sup> Art. 73, § 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

<sup>61</sup> Art. 66. O Plenário do Tribunal de Contas da União, dirigido por seu Presidente, terá a competência e o funcionamento regulados nesta Lei e no seu Regimento Interno.

Art. 67. O Tribunal de Contas da União poderá dividir-se em Câmaras, mediante deliberação da maioria absoluta de seus ministros titulares.

§ 1º Não será objeto de deliberação das Câmaras matéria da competência privativa do Plenário, a ser definida no Regimento Interno.

§ 2º A competência, o número, a composição, a presidência e o funcionamento das Câmaras serão regulados no Regimento Interno. (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

leitura do Regimento Interno do TCU, especialmente quando prevê os relatórios de auditorias, sobre os quais compete ao Plenário deliberar<sup>62</sup>.

Diante desse arranjo, Floriano de Azevedo Marques, Juliana Palma, Danilo Rehem, Nara Merlotto e Yasser Gabriel apresentam resultado de pesquisa empírica concluindo que a atuação dos auditores impacta diretamente no modo de controle das Agências pelo TCU. Isso porque o *“relatório elaborado pelos auditores é mais do que a síntese da auditoria, mas a verdadeira motivação do controle, tendo em vista que a fundamentação dos Ministros se limita a reproduzir os argumentos técnicos apresentados no relatório”*<sup>63</sup>.

Mais do que influenciar na atuação dos ministros, os referidos autores, que integram o Observatório de Controle da Administração Pública da Faculdade de Direito da USP, concluem que nesse cenário a tomada de decisões é feita pela própria equipe técnica e não em Plenário. Mesmo nos casos de boa fundamentação por parte do ministro, o que se verifica é a reprodução dos argumentos trazidos no relatório técnico.

A fundamentação se encontra prioritariamente nos relatórios da unidade técnica responsável, quase inexistindo explanação de motivos nos votos em si. Quando, excepcionalmente, o voto aparece bem fundamentado, o que se encontra é uma reprodução fiel dos argumentos apresentados no relatório, de modo que os Ministros não trazem, eles próprios, novos fatos, argumentos ou perspectivas sobre os casos, mas apenas seguem o posicionamento da unidade técnica.

Ocorre que as decisões finais da Corte de Contas são altamente deferentes ao posicionamento de seu corpo técnico. Percebe-se, aliás, que as motivações apresentadas no voto dos Ministros tendem a ser fracas, não estabelecendo uma correlação entre fatos, provas, esclarecimentos e parte dispositiva. A constatação deste fato impossibilita a extração de uma ratio decidendi precisa e que estabeleça um nexo de causalidade entre o objeto de análise e a determinação/recomendação exarada.

Assim, inferimos que a tomada de decisões, em suma, é feita na própria unidade técnica, e não em Plenário.

Desse modo, os autores concluem que a atividade-fim das Agências é apreciada conclusivamente pela área técnica, enquanto o Plenário expõe fracamente suas motivações, endossando as conclusões dos auditores. Após investigarem a fundo o comportamento do TCU

---

<sup>62</sup> Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal: m) relatório de auditoria operacional; (Regimento Interno do TCU: RESOLUÇÃO-TCU Nº 246, de 30 de novembro de 2011)

<sup>63</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177. p. 18.



nessa relação dos ministros com o corpo técnico, bem como alguns relatórios auditoria sobre Agências Reguladoras, os autores inferem que o TCU tem controlado a atividade-fim das Agências, que prontamente obedecem a Corte.

A nossa hipótese de pesquisa se confirmou: a autonomia e a independência das Agências Reguladoras são condicionadas pelo TCU na medida em que as determinações desta instituição de controle afetam a atividade-fim das Agências e são prontamente obedecidas pelas Agências, sem maiores enfrentamentos. Como exemplos de decisões de controle, mencionamos: decisões que impõem métodos de atuação regulatória, como a dosimetria de sanções regulatórias; decisões que definem o modo de diálogo com a sociedade, ao padronizar a formalização da publicidade de dados e atividades; decisões que afetam a estrutura organizacional das Agências, pela determinação de novas nomeações de dirigentes, por exemplo; e decisões de suspensão ou de invalidação de decisões regulatórias concretas. Este modo de controle está fundado na imagem reputacional<sup>64</sup> que tem o TCU das instituições: imagem reputacional negativa para as Agências Reguladoras e imagem reputacional positiva da própria instituição do TCU.

Nesse sentido, mais do que simplesmente existir um deslocamento de competências legais das Agências para o TCU, esse deslocamento é direcionado à unidade técnica do TCU.

Em termos de regime jurídico, notamos que o cargo de auditor é forte na instituição do TCU e guarda estreita sinergia com o Plenário. Aliás, a própria Constituição Federal prevê indicações de Ministros que sejam auditores de carreira. No mais, elementos constatados na análise empírica dos julgados do TCU referentes às Agências Reguladoras demonstram que o depósito de confiança do Plenário sobre qual instituição tem maior capacidade institucional para indicar os caminhos da regulação e a governança regulatória mais eficiente é a unidade técnica do TCU, e não as Agências Reguladoras.

Consequentemente, a competência legal originalmente conferida às Agências Reguladoras desloca-se para o TCU; se esta instituição não for a principal reguladora do Brasil, com respaldo empírico podemos afirmar que ela participa ativamente da regulação no Brasil, o que pode colocar em dúvidas a segurança jurídica e a estabilidade das regras do jogo regulatório.

## 2.2. Mecanismos do Tribunal de Contas da União para controlar a regulação

Em outro trabalho de pesquisadores da Faculdade de Direito da USP<sup>65</sup>, verificou-se que, em se tratando tanto de determinações quanto de recomendações, as Agências Reguladoras têm acatado fielmente os entendimentos do TCU. Na maioria das vezes, o TCU estaria proferindo

<sup>64</sup> A esse respeito os autores exploram a teoria da organização reputacional de Daniel Carpenter (2011), aplicando-a na análise de como o TCU controla as Agências Reguladoras a partir da ideia de prestígio de alguns órgãos sobre outros, em especial sobre as Agências Reguladoras.

<sup>65</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (Org.). **Observatório do controle da administração pública**: Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: Gpcap, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. 183 p.

recomendações, podendo indicar que entende, de certa forma, que está adentrando em uma atribuição própria das Agências. Nesse sentido, o emprego das recomendações seria mais adequado ao diálogo institucional de controle, não interventivo.

O problema identificado pelo grupo está no dado de que o controle da atividade-fim das Agências pelo TCU não se restringe às recomendações. Assim, apontam que há também acórdãos carregados de determinações quanto às atividades-fim.

Os dados levantados pelo grupo revelam que de cinco acórdãos, apenas um trata de atividade-meio da Agência, demonstrando que o TCU tem realizado um controle interventivo, seja por recomendação, seja por determinação. Disso conclui-se que o controle do TCU recai sobre as Agências fundamentalmente sobre as suas atividades-fim.

Por fim, o papel dos auditores dentro desses mecanismos deve ser rememorado, na medida que a auditoria operacional é o meio mais utilizado para controlar a regulação, de acordo com os pesquisadores. No mesmo campo estão os monitoramentos ou acompanhamentos e as auditorias de programas, além da representação, que é, contudo, excepcional, prevalecendo na prática o controle por iniciativa própria do TCU.

### 2.3. Papel do Tribunal de Contas da União na regulação no Brasil

É inegável que o Tribunal de Contas, por meio de sua capacidade fiscalizatória, exerce influência na regulação no Brasil. Diante disso, é inevitável falar dos limites de sua atuação. Ou seja, até onde o Tribunal pode adentrar no mérito das decisões administrativas de uma Agência Reguladora.

A esse respeito, faz-se menção ao Barroso<sup>66</sup>, que afirma que nada na Constituição autoriza o Tribunal de Contas “*a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma Agência Reguladora*”. E continua: “[n]ão pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras**. In MORAES, Alexandre (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 129 – 131.

*patente*”. Para o autor, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia fazê-lo.

Assim, é certo que a atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas não pode avançar sobre a atividade-fim da Agência Reguladora, violando até o princípio da separação dos Poderes. As decisões político-administrativas das Agências no mérito lhes são próprias e não pode o Tribunal de Contas questioná-las, *“tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela Agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual”*.

Por fim, o professor defende a preservação das capacidades das Agências, no projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos:

A fim de garantir o efetivo desempenho de suas atribuições e a realizar o ambicioso e esperado projeto nacional de melhoria da qualidade dos serviços públicos, as Agências Reguladoras precisam ser preservadas de ingerências externas inadequadas, inclusive por parte do Poder Público. Nesse sentido, a lei ordinária traçou um regime especial para as Agências Reguladoras, cuja principal característica está na existência de mecanismos que lhes conferem autonomia político-administrativa e econômico-financeira, em relação aos particulares e aos demais órgãos do Poder Público.<sup>67</sup>

Fato é que as Agências Reguladoras, assim como as demais entidades administrativas gestoras de bens públicos submetem-se ao controle de legalidade, legitimidade e economicidade mencionados anteriormente. Contudo, esse controle *“não pode acarretar a substituição da decisão regulatória pela decisão da Corte de Contas”*:

Explica-se: a Corte de Contas, ao concluir pela violação aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, deve invalidar a decisão da Agência, com a fixação dos parâmetros legais que deverão ser observados, no futuro, pela Agência. De fato, não compete ao Tribunal de Contas instituir a política regulatória, mas, sim, fixar, no âmbito do controle, as balizas normativas que deverão ser observadas pelas Agências.<sup>68</sup>

O papel ativista do Tribunal de Contas da União não é novo, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Inclusive, no âmbito da competência da ANATEL, o TCU estabeleceu sua própria política regulatória, em um caso envolvendo consulta formulada pelo Ministério das

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Apontamentos sobre as Agências Reguladoras**. In MORAES, Alexandre (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 129 – 131.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências Reguladoras, diálogos institucionais e controle. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

Comunicações sobre a interpretação das normas relativas à aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST. De acordo com o autor, o TCU teria estabelecido a política regulatória de universalização, sem a participação da ANATEL<sup>69</sup>.

O próprio corpo técnico do TCU, no âmbito das telecomunicações, já reconheceu os limites da competência do Tribunal em se tratando da atuação da ANATEL. Trata-se do Processo TC 024.260/2009-9, que consistiu em solicitação do Congresso Nacional, formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal (CMA), para que o TCU realizasse auditoria operacional na execução dos contratos de concessão de serviços públicos de telefonia fixa e móvel, especificamente quanto aos mecanismos de cobrança dos usuários.

O corpo técnico (2ª Secretaria de Fiscalização e Desestatização) manifestou-se, então, delimitando as competências tanto da Anatel quanto do próprio Tribunal, relatando que:

16. Considerando, dessa forma, que a Anatel possui a competência de fiscalização dos serviços de telecomunicações, além de uma estrutura específica para tal atividade (SRF), e que o campo de atuação do TCU em regulação tem como atividade primária o controle externo das Agências Reguladoras, conclui-se que **o órgão adequado para efetuar diretamente as fiscalizações solicitadas pelo Senado Federal é a própria Anatel**. [sem grifo no original]

O Relator do caso, Ministro José Jorge, seguiu as orientações da unidade técnica e concluiu em seu Voto, acolhido em Plenário<sup>70</sup>:

5. Preliminarmente, não posso deixar de louvar a preocupação dos nobres Senadores que compõem a CMA quanto à qualidade dos serviços prestados por concessionárias do serviço público de telefonia. Consoante prevê o art. 6º da Lei 8.987, de 1995, o agente privado, ao habilitar-se para ser delegatário de serviço público, assume o compromisso de prestá-lo de forma adequada ao pleno atendimento dos usuários, observando condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

6. Contudo, vejo que, no presente caso, as questões postas pela CMA do Senado Federal recaem, em sua essência, sobre temas afetos à execução dos contratos de descentralização do serviço público.

**7. Nesse particular, como bem ponderou a unidade instrutiva, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que não compete ao TCU, no exercício do controle externo da Administração Pública, fiscalizar diretamente as empresas delegatárias de serviço público, mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados. Isso porque entendimento em sentido contrário implicaria invasão do Tribunal na seara de atuação das Agências Reguladoras, esvaziando a**

<sup>69</sup> TCU, Acórdão nº 1.107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU 25.08.2003.

<sup>70</sup> TCU, Acórdão nº 210/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU 20.02.2013.

competência dessas importantes entidades introduzidas pela Reforma do Aparelho do Estado no final dos anos 90.

8. Dessa forma, ao invés de realizar a auditoria requerida, a Secretaria do Tribunal promoveu diligências e inspeções junto à Anatel, com vistas a obter informações que pudessem atender aos questionamentos apresentados na presente solicitação. [sem grifo no original]

O Ministro Relator continuou:

17. Com relação a esse ponto, propõe a unidade técnica determinar à Anatel que, no prazo de 240 dias, promova auditoria nos sistemas de cobrança e faturamento das prestadoras do SMP, contemplando as questões de auditoria apresentadas pela CMA do Senado Federal.

18. Com as devidas vênias, **entendo que não compete ao Tribunal efetuar determinação com esse teor à Anatel. Como disse alhures, a atuação desta Corte de Contas em matérias afetas às Agências Reguladoras deve ser feita com ponderação, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades. Assim, ao fiscalizar a atividade-fim dessas autarquias especiais, não deve o Tribunal se substituir à entidade controlada, tampouco estabelecer o conteúdo do ato de competência da Agência Reguladora, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes. Dessa forma, entendo razoável apenas determinar à Anatel que estude a viabilidade de realizar a referida auditoria, sem interferir demasiadamente, dessa forma, no planejamento das atividades de controle da Agência Reguladora.** [sem grifo no original]

O mesmo entendimento comedido se verifica no âmbito do Processo TC 006.931/2002-0, auditoria realizada na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), com o objetivo de verificar a adequação dos valores do pedágio cobrado na rodovia Rio-Teresópolis. O Voto é do Ministro Relator Benjamin Zymler, em seu Voto no Acórdão 1703/2004<sup>71</sup>, sustentou:

26. **O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos.** Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, **a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das Agências Reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.** [sem grifo no original]

O Ministro ainda afirma que o Tribunal já exerceu funções típicas de órgão regulado, porém destaca que essas situações ocorreram quando as Agências ainda se encontravam em fase inicial de implantação, não dispondo das condições necessárias para exercer plenamente

<sup>71</sup> TCU, Acórdão nº 1703/2004, Plenário, Rel. Min. Benjamim Zymler, Data da Sessão: 03.11.2004.

suas competências. Assim, lá em 2004, o Ministro asseverou que se o TCU invadisse o âmbito de competência das Agências Reguladoras, ainda que para promover o interesse público, ele estaria contribuindo para incrementar a situação de incerteza jurisdicional. Essa incerteza se caracteriza pelo *“receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos”*.

A respeito da ingerência do TCU nos atos vinculados e discricionários das Agências Reguladoras, o Ministro sinaliza em seu voto os limites:

31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, **o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas Agências Reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo Tribunal de Contas da União.** [sem grifo no original]

Então, no entendimento do Ministro, em se tratando de ato vinculado que lese a lei, o Tribunal pode **determinar** às Agências que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades. Contudo, em se tratando de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, o Tribunal pode apenas **recomendar** a adoção de providências consideradas mais adequadas, uma vez que o administrador dispõe de liberdade que deve ser respeitada pelo Tribunal.

Importante destacar que o Tribunal de Contas não foi instituído como um órgão revisor da Administração Pública. Esse é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, quando afirmam que “[o] TCU não detém competência para rever todo e qualquer ato ou decisão tomada pela Administração Pública federal”. Para os autores, os Tribunais de Contas não constituem uma esfera revisora integral da atividade administrativa e ressaltam: *“Corte de Contas não é Conselho de Estado”*<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 73-79, fev. 2018. p. 73 – 74.

Sobre o assunto, os autores também destacam que não cabe ao Tribunal de Contas revisar decisão puramente regulatória. Mesmo diante da ampliação das competências do TCU ao longo dos anos, ela não implica no poder de intervenção ou de reforma e análise até mesmo de legalidade das decisões que extrapolem a atuação financeira da Agência<sup>73</sup>.

Desse modo, o Tribunal pode avaliar se a atuação geral da Agência está proporcionando maior ou menor eficiência ao setor, mas disso não pode resultar qualquer ordem. No limite, o Tribunal pode emitir recomendações, por sua natureza, não vinculantes<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 73-79, fev. 2018. p. 78.

<sup>74</sup> Ibid. p. 79.

### 3 ESTUDO DO CASO 024.646/2014-8/TCU: REVERSIBILIDADE DOS BENS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

É preciso assinalar que não se pretende, nesse estudo, apresentar as variadas questões de mérito que tangenciam o tema da reversibilidade dos bens nas concessões do setor de telecomunicações. Além disso, não cabe aqui esgotar a defesa dos argumentos travados no processo 024.646/2014-8/TCU, seja do órgão controlador, seja da autoridade reguladora.

Objetiva-se, isso sim, demonstrar como o Tribunal de Contas da União, no exercício da sua capacidade de controle, foi capaz de revisar o posicionamento da ANATEL em um tema setorial e, por fim, analisar se o controle do TCU foi capaz de promover os fins que o legitimam.

Em síntese, no caso em tela, o TCU revisou o conceito de bens reversíveis, a partir de uma nova interpretação, diferente da que vinha sendo praticada pela ANATEL<sup>75</sup>, desde o início das primeiras concessões no setor de telecomunicações no final dos anos 90. A discussão nesse sentido gira em torno de um conceito de bens reversíveis funcional e de um conceito patrimonial.

A reversibilidade dos bens está muito atrelada à obrigação constitucional de continuidade de prestação dos serviços públicos, por força especialmente do art. 175.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.  
Parágrafo único. A lei disporá sobre:  
IV - a obrigação de manter serviço adequado.

No mesmo sentido, temos o art. 6º, §1º da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), que determina:

---

<sup>75</sup> O posicionamento funcional da ANATEL pode ser extraído de documentos públicos disponibilizados em seu sítio eletrônico. O marco temporal da pesquisa situa-se entre os anos de 2000 e 2009 por contemplar a maior parte da primeira década dessas concessões. As palavras-chave utilizadas foram “reversibilidade” e, alternativamente, “bens reversíveis”.

Destaca-se que não houve a pretensão de se esgotar a pesquisa, a fim de verificar se a ANATEL sempre se posicionou pelo funcionalismo.

O posicionamento funcional da ANATEL está bem representado na Análise n.º 006/2001-GCAV e na Análise n.º 645/2009-GCER. Não foi encontrado nenhum documento indicando o posicionamento patrimonial da ANATEL no período.



Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nesse cenário de relevância da preservação da continuidade dos serviços públicos, destaca-se a previsão do art. 36 do mesmo diploma federal, que prevê a reversão dos bens da concessionária ao término da concessão<sup>76</sup>:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

No setor de telecomunicações, o tratamento da concessão é feito por outra lei, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei nº 9.472/1997), que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações no Brasil, além de instituir uma autoridade reguladora.

Embora, haja determinação no sentido de não se aplicar a Lei de Concessões nesses contratos de concessão, parece que não há diferenças no tratamento de bens<sup>77</sup>. Ou seja, são reversíveis os bens que se relacionem com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Os bens nessas concessões são trabalhados na seção III da Lei nº 9.472/1997, guardando lugar o tema da reversão nos arts. 101 e 102, que assim dispõem:

Art. 101. A alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis dependerá de prévia aprovação da Agência.

Art. 102. A extinção da concessão transmitirá automaticamente à União a posse dos bens reversíveis.

Parágrafo único. A reversão dos bens, antes de expirado o prazo contratual, importará pagamento de indenização pelas parcelas de investimentos a eles vinculados, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

<sup>76</sup> O rol de bens reversíveis deve constar inclusive do contrato de concessão, nos termos do art. 93, XI, L. 8.987/95. Veja-se:

“Art. 93. O contrato de concessão indicará:

XI - os bens reversíveis, se houver;”

<sup>77</sup> Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

Quanto ao art. 101, que apresenta a possibilidade de alienação, oneração ou substituição de bens reversíveis, desde que haja aprovação da Agência, este é regulamentado pela Resolução nº 447/2006 da ANATEL, que aprovou o Regulamento de Controle de Bens Reversíveis (RBR). Já quanto ao art. 102, este dispõe sobre a posse do bem da concessão que deve ser transmitida à União no término do contrato.

Faz-se menção também aos arts. 94<sup>78</sup> e 117<sup>79</sup> da LGT, que da sua leitura extrai-se a possibilidade de utilização também de bens de terceiros, podendo estes inclusive serem revertidos à União, no término da concessão. Essa possibilidade decorre mais uma vez da necessidade de se considerar a indispensabilidade do bem para a continuidade do serviço.

Nesse sentido, não importa se o bem é de domínio da concessionária ou de terceiros. O que se avalia é a sua indispensabilidade para a manutenção do serviço. Do mesmo modo, o simples fato de estar um bem sob o domínio da concessionária não o faz um bem reversível. Esse é o entendimento daqueles que levantam o entendimento funcionalista.

A utilização de bens de terceiros também está regulada pela ANATEL na já citada Resolução nº 447/2006, especialmente nos arts. 12 ao 14. E, pode-se dizer que da leitura desses artigos também se extrai uma leitura funcionalista, principalmente no art. 12:

Art. 12. A Prestadora, na utilização de Bens de Terceiros ou de Serviços Contratados, deve fazer constar, nos contratos respectivos, cláusula pela qual o contratado se obriga, em caso de extinção da concessão ou permissão, a mantê-los e a sub-rogar à Anatel os direitos e obrigações deles decorrentes, além do direito da Agência sub-rogar a outros.

---

<sup>78</sup> Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

<sup>79</sup> Art. 117. Extinta a concessão antes do termo contratual, a Agência, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, poderá:

I - ocupar, provisoriamente, bens móveis e imóveis e valer-se de pessoal empregado na prestação dos serviços, necessários a sua continuidade;

II - manter contratos firmados pela concessionária com terceiros, com fundamento nos incisos I e II do art. 94 desta Lei, pelo prazo e nas condições inicialmente ajustadas.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, os terceiros que não cumprirem com as obrigações assumidas responderão pelo inadimplemento.

Em sentido contrário, existiria a teoria patrimonialista acerca da reversibilidade de bens em concessões. Sob um ponto de vista patrimonialista, todos os bens de domínio da concessionária ou de terceiros, titulares de bens relacionados à concessão, serão considerados reversíveis.

**É possível afirmar que o regime jurídico dos bens afetados à prestação de serviços públicos era, numa concepção mais tradicional, de cunho notadamente patrimonialista.** Ao receber a outorga para prestar certo serviço público, a concessionária também recebia, concomitantemente, o acervo de bens necessários à sua prestação ou, sendo este inexistente, assumia o dever de constituí-lo. A exploração em monopólio, com tarifas impostas a usuários cativos, era capaz de gerar rendas monopolistas, permitindo a formação de vasto acervo patrimonial, para destinação pública.

**Bens empregados na prestação do serviço público constituíam, por assim dizer, patrimônio do próprio serviço público.** Formalmente pertenceriam à prestadora; todavia, do ponto de vista contábil (para aferição do equilíbrio econômico-financeiro) seriam assumidos como ativos do serviço – e, para serem transferidos ao concedente ao final, deveriam ter seu custo amortizado.

**Mas tudo isso demanda rigoroso acompanhamento da gestão patrimonial e financeira da concessionária.** É fundamental que a administração pública se encarregue de planejar e monitorar os investimentos em bens reversíveis. Estes, embora do ponto de vista formal integrem o patrimônio da concessionária, acabam por constituir acervo do serviço público ao qual estão vinculados. O contrato há de ser firmado e permanentemente adaptado para que o conjunto das receitas da concessão seja suficiente para cobrir os investimentos e remunerar a concessionária<sup>80</sup>. [sem grifos no original]

A interpretação patrimonial não parece ser a interpretação majoritária da Lei de Concessões, e não era adotada pela ANATEL na regulação dos contratos de concessão sob sua alçada. Contudo é a posição que foi adotada pelo TCU em seguidos acórdãos: Acórdão 3311/2015 – Plenário, Acórdão 1809/2016 – Plenário e Acórdão 2142/2019 – Plenário, no âmbito do Relatório de Auditoria 024.646/2014-8.

Será dada especial atenção ao último acórdão (Acórdão 2142/2019 – Plenário), uma vez que se trata de recurso de reexame, não havendo outro posterior no âmbito do TCU capaz de reformar substancialmente o posicionamento. Como dito anteriormente, o objetivo dessa análise não é esmiuçar a discussão sobre a reversibilidade, mas sim analisar o comportamento dos órgãos.

---

<sup>80</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Bens reversíveis nas concessões públicas: a inviabilidade de uma teoria geral. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [s.l.], v. 61, n. 2, p.149-174, 23 ago. 2016. Universidade Federal do Paraná.

### 3.1. Acórdão 2142/2019: Controle do Tribunal de Contas da União sobre a regulação da ANATEL

O Acórdão em análise integra Relatório de Auditoria do TCU a respeito da atuação da ANATEL na regulamentação, controle, acompanhamento e fiscalização dos bens reversíveis vinculados ao sistema de telefonia fixa comutável (STFC), trazendo duras críticas<sup>81</sup>. São vários os confrontos argumentativos da Corte de Contas contra a ANATEL, porém apenas alguns trechos, que guardam mais relação com os objetivos aqui propostos, serão mencionados.

Em especial, destaca-se logo na ementa a acusação de negligência da ANATEL:

5. Após vinte anos de negligência da Anatel, no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares, já não é factível obter as informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituição realizadas desde 1998 com bens vinculados ao serviço de telefonia fixa, único meio seguro de obstar indenizações indevidas e dissipação de bens reversíveis; o máximo que ainda se pode aspirar é a mitigação da perspectiva de dano.

Em primeiro lugar, no início do Acórdão (Relatório) é tratada a questão da legalidade do acompanhamento e controle de bens reversíveis realizado pela ANATEL. A fim de legitimar

---

<sup>81</sup> O Acórdão está assim ementado:

“SUMÁRIO: AUDITORIA. ATUAÇÃO DA ANATEL NA REGULAMENTAÇÃO, CONTROLE, ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS VINCULADOS AO SISTEMA DE TELEFONIA FIXA COMUTÁVEL (STFC). FALHAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ESCLARECIMENTOS. PEDIDO DE REEXAME. ALEGAÇÃO DA ANATEL DE IMPOSSIBILIDADE FÁTICA DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO E DE UTILIDADE DAS INFORMAÇÕES. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOBRE OS BENS REVERSÍVEIS DURANTE TODO O PERÍODO DA CONCESSÃO. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DA DETERMINAÇÃO.

1. As operadoras de telefonia fixa comutável adquiriram controle acionário das antigas subsidiárias da Telebrás, sabendo que os bens reversíveis existentes teriam de ser revertidos ao Poder Concedente ao final da concessão, sem indenização.

2. Ainda que o serviço público de telefonia fixa tenha sido concedido sem o intuito de acumulação de patrimônio, o Poder Público não renunciou aos bens reversíveis então existentes, nem aos que viessem a se incorporar ao acervo das concessões.

3. A obrigatoriedade de controle dos bens reversíveis não adveio da aprovação, pela Anatel, do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, mas da publicação da Lei 9.472/1997 e da celebração dos contratos de concessão de STFC, os quais contêm dispositivos expressos e implícitos que assim requerem.

4. O inventário de bens reversíveis existentes em 1998 é imprescindível para que sejam reclamados das operadoras de STFC ao final da concessão, bem assim para deduzir o valor correspondente a desvinculações, alienações, onerações e substituições relativos a esses bens das indenizações que venham a ser pleiteadas pelas concessionárias ao término da concessão.

5. Após vinte anos de negligência da Anatel, no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares, já não é factível obter as informações sobre a totalidade das operações de desvinculações, onerações ou substituição realizadas desde 1998 com bens vinculados ao serviço de telefonia fixa, único meio seguro de obstar indenizações indevidas e dissipação de bens reversíveis; o máximo que ainda se pode aspirar é a mitigação da perspectiva de dano.”

sua atuação a Corte afirma que a própria ANATEL em seu recurso de reexame reconhece o poder de atuação do TCU para além da análise contábil. Veja-se:

Análise

5.5. [...] que o TCU, no exercício de sua competência fiscalizatória, não está limitado ao mero exame formal contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das Agências Reguladoras, detendo o poder/dever de avaliar o mérito dos atos administrativos regulatórios, a fim de assegurar sua legalidade, economicidade, eficácia e eficiência.

Quanto ao argumento da discricionariedade da ANATEL para definir os contornos jurídicos das atividades de controle de bens reversíveis, o TCU afirma que está incorreto; que essa não é prerrogativa do agente regulador<sup>82</sup>. Além disso, afirma que os meios utilizados pela ANATEL para garantir a política de continuidade de prestação do serviço seriam insuficientes<sup>83</sup>.

Em segundo lugar, é discutida a eficácia e a eficiência do acompanhamento de bens e serviços vinculados à concessão pela ANATEL. Nesse ponto, está claro para todos os envolvidos que a ANATEL nunca teria acompanhado os bens reversíveis sob a perspectiva de manutenção do valor patrimonial da concessão, mas sim sob a ótica da continuidade do STFC, funcionalista.

Quanto a isso, o TCU afirma que o método não traz informação específica sobre a atualidade dos bens reversíveis, nem sobre o panorama das indenizações a serem pagas ou dos bens que estariam disponíveis para a continuidade do serviço público em caso de reversão anterior ao termo do prazo contratual. Essa atualidade dos bens reversíveis pelo TCU compreende a visão patrimonialista<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> “5.9. Não apenas é incorreto se afirmar que a decisão acerca da reversibilidade seria prerrogativa do agente regulador, como é errônea a assertiva (item 3.27 do Pedido de Reexame) segundo a qual este Tribunal teria reconhecido a existência de tal discricionariedade, nos moldes apontados.”

<sup>83</sup> “5.13. Ainda que a política de continuidade de prestação do serviço público seja exercida pelos outros instrumentos citados pela recorrente (tais como o acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro e da sustentabilidade tanto da concessão quanto da concessionária, além do controle de obrigações relacionadas à qualidade e à universalização do serviço e o fomento à competição), tratam-se de medidas aplicáveis enquanto a concessão está vigente, e que nem fornecem as informações necessárias para garantir a continuidade e atualidade do serviço caso o término da concessão ocorra, por qualquer motivo, antes do prazo previsto, nem asseguram a atualidade dos bens reversíveis.

<sup>84</sup> “6.7. Segundo a recorrente, desde 2007 as concessionárias encaminham anualmente: i) os inventários atualizados de bens e direitos integrantes do patrimônio da prestadora; e ii) as Relações de Bens Reversíveis (RBR) com bens e direitos agrupados de forma padronizada. Dessa forma, a Recorrente sustenta ter acesso a informações

Assim, partindo desses pressupostos relatados pela área técnica, o Ministro Relator constrói seu voto bastante detalhadamente afirmando um papel ativista da Corte de Contas:

[E]sta Corte de Contas não pode assistir passivamente o absoluto descaso da Agência Reguladora, por mais de vinte anos, com suas obrigações legais, contratuais e regimentais. Assim sendo, o TCU deve atuar da forma o mais possível eficiente, empregando tempo e recursos disponíveis na obtenção de informações úteis e sobre os bens reversíveis com maior risco de dissipação.

Firmado esse entendimento, o Acórdão determina à ANATEL que tome algumas providências.

### 3.2. Reação da ANATEL

Com o objetivo de aferir o comportamento da ANATEL, realizou-se pesquisa dos atos oficiais no banco de dados eletrônico da Agência<sup>85</sup>, entre os dias 11/09/2019 e 15/11/2019. Os termos de busca utilizados foram “bens reversíveis” e “reversibilidade”, resultando na amostragem total de 38 documentos.

Ao que parece, até o dia 15/11/2019, a ANATEL não propôs ação judicial questionando o Acórdão do TCU. Os resultados que demonstram a reação dos dirigentes da ANATEL até o momento são apresentados abaixo.

No âmbito do processo administrativo 53500.029346/2012-67, o Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto pronunciou seu Voto nº 32/2019/VA, no sentido de considerar como reversíveis bens que outrora provavelmente não seriam:

---

acerca da massa patrimonial de bens reversíveis e à variação temporal dos valores totais de custo de aquisição desses bens ao longo do tempo.

6.8. A recorrente infere que a comprovação de que a concessionária tenha reinvestido na concessão quantia superior ao valor obtido com as alienações de bens reversíveis seria suficiente para se atestar o cumprimento do RCBR quanto à reaplicação de valores na concessão, e que a movimentação desses recursos em conta distinta da conta vinculada configuraria apenas descumprimento de obrigação formal.

6.9. Ainda que a massa total dos bens reversíveis, mensurados pelo seu valor de custo atualizado e sem depreciação, venha aumentando ao longo do tempo, isso não traz nenhuma informação específica sobre a atualidade dos bens reversíveis, nem sobre o panorama das indenizações a serem pagas ou dos bens que estariam disponíveis para a continuidade do serviço público em caso de reversão anterior ao termo do prazo contratual. Ressalta-se a importância dos bens reversíveis para assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço não só durante a concessão, mas após seu encerramento.”

<sup>85</sup> Sistema Eletrônico de Informações (SEI) – versão 3.0.15.

[...] ciência à Superintendência de Controle de Obrigações da necessidade de se incluírem, no levantamento realizado em virtude do Acórdão nº 2.142/2019-Plenário, de 11 de setembro de 2019, do Tribunal de Contas da União (TCU), os imóveis situados na Avenida Afonso Pena, nº 4.001, no Município de Belo Horizonte/MG e na Praça Milton Campos, referenciado no Relatório de Fiscalização nº 0002/2013/ER04FS, de 30 de janeiro de 2013.

Os referidos imóveis, por terem uma vez pertencido à TELEMIG<sup>86</sup> deverão, por causa disso, ser considerados como reversíveis. O Conselheiro pontua que o entendimento da Agência para se considerar um bem como reversível é a sua indispensabilidade para continuidade e atualidade da prestação do STFC, porém ressalta que, no entendimento da Corte de Contas, os referidos imóveis são reversíveis.

No âmbito do processo 53500.086647/2017-01, onde a Telemar Norte Leste S.A-Telemar/MG<sup>87</sup> requer autorização prévia para realização de investimentos com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC). O Voto nº 31/2019/VA do mesmo Conselheiro foi no sentido de determinar que a requerente apresentasse mais informações, tendo em vista, de forma expressa, as críticas do TCU travadas no Acórdão 2142/2019 sobre a atuação da Agência.

Por fim, tem-se o processo administrativo nº 53500.037015/2019-77, que trata de solicitação da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO), área técnica da ANATEL, visando ratificar um entendimento firmado pelo TCU muito específico, mas relacionado aos efeitos da aplicação do conceito patrimonial na reversibilidade. Nesse sentido, a Análise nº 292/2019/AD do Conselheiro Aníbal Diniz, do dia 18/10/2019, é extremamente importante na medida em que deixa seu posicionamento muito mais demarcado frente ao Acórdão.

Após traçar detida avaliação do tema da reversibilidade e da legitimidade da autoridade reguladora, sem deixar de se ater aos fundamentos técnicos levantados pela SCO, o Conselheiro sugere que seja avaliada a possibilidade de que a ANATEL se manifeste por meio de ação judicial sobre os termos do Acórdão 2142/2019. Para fundamentar esse entendimento, o Conselheiro destaca a competência constitucional e legal da ANATEL sobre o tema, bem como os limites de atuação da Corte de Contas.

---

<sup>86</sup> Foi uma subsidiária da TELEBRAS, posteriormente privatizada.

<sup>87</sup> Integrante do Grupo Oi.

Contudo, com receio de responsabilização dos dirigentes da Agência, propõe a criação de um Grupo de Trabalho, coordenado pelo Gabinete da Presidência para acompanhar o cumprimento das determinações do Acórdão do TCU. Além disso, sugere que seja determinada à Superintendência Executiva (SUE) que coordene o acompanhamento do cumprimento do Acórdão<sup>88</sup>.

Esses três foram os únicos resultados de pesquisa oficiais que demonstram a reação da ANATEL. Embora a ANATEL disponha de alguns meses para cumprir as determinações do TCU, pode-se dizer que a reação da Agência até o momento foi de envidar esforços para cumprir o Acórdão, mesmo que demarcando que seu posicionamento se diferencia daquele da Corte, nos termos das manifestações dos Conselheiros Vicente Bandeira de Aquino Neto, mais timidamente, e Aníbal Diniz, mais ativamente.

---

<sup>88</sup> “5.1. Diante do exposto, proponho:

- a) não ratificar o entendimento da Superintendência de Controle de Obrigações - SCO constante do Informe 9 (SEI nº 4622509) quanto à necessidade de revogação dos Despachos listados, tampouco a subsequente edição de novos Despachos pelo Superintendente de Controle de Obrigações, nos quais seria acrescentada a necessidade de depósito de quantias em conta vinculada, em consonância com o entendimento deste Conselho Diretor em processos semelhantes.
- b) que seja criado um Grupo de Trabalho coordenado pelo Gabinete da Presidência para acompanhar o cumprimento das determinações contidas no Acórdão, bem como para formar uma interlocução junto ao Tribunal de Contas da União com a participação de representantes de todos os Gabinetes dos Conselheiros, visando estreitar o relacionamento junto àquele órgão para este e outros assuntos atinentes, evitando eventual instauração de processo de responsabilização dos dirigentes desta Agência.
- c) que seja encaminhado o acórdão para a Superintendência Executiva - SUE coordenar o acompanhamento do cumprimento das determinações do Acórdão nº 2142/2019-TCU-Plenário, SEI 4675395 junto as Superintendências técnicas afetas, em conformidade com o disposto no art. 152 do RIA, revogando-se o Memorando 46/2019/PR (SEI nº 4675471) em seu inteiro teor, considerando que a fundamentação do mencionado acórdão não vincula os atos desta Agência.
- d) que seja remetido o Acórdão para a PFE e instaurado processo para instrução dos autos, no uso de suas atribuições, se manifeste no prazo de 30 dias sobre a possibilidade de eventual ação judicial contra o inteiro teor do acórdão, considerando a competência e em defesa da independência e discricionariedade desta Agência.
- e) ato contínuo que seja enviada solicitação ao Advogado Geral da União para autorizar a propositura de ação judicial, a partir dos estudos realizados pela PFE.
- f) que o Presidente da Agência, no uso de suas atribuições, proponha circuito deliberativo, fundamentadamente, para deliberar sobre esta matéria, em face às suas competências regimentais para propositura de matérias administrativas.
- g) arquivem-se os autos do presente processo.”



### 3.3. Comentários sobre o Acórdão 2142/2019

Parte-se agora para a parte final dessa monografia, que é a análise do Acórdão à luz dos temas que foram trabalhados. Para melhor sistematizar essa análise, serão transcritos trechos do Acórdão ao longo deste tópico, com o intuito de apresentá-los junto com os comentários.

O Acórdão analisado é consequência de Pedido de Reexame da Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL no âmbito de Relatório de Auditoria, instaurado em 2014. As unidades técnicas responsáveis são a Secretaria de Recursos (SERUR) e a Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM). O Ministro Relator é o Sr. Walton Alencar Rodrigues.

Essa auditoria tem o objetivo de avaliar a atuação da (ANATEL) no período de 1998 a 2014, no que concerne à regulamentação, ao controle, ao acompanhamento e à fiscalização dos bens reversíveis em conformidade com o disposto nos contratos de concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e na Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

Em julgamento realizado em 2015, o Plenário impôs à ANATEL o cumprimento de algumas determinações, por meio do Acórdão 3311/2015 – Plenário e também emitiu recomendações. Em face desse Acórdão, a ANATEL opôs embargos de declaração, resultando no Acórdão 1809/2016, contra o qual foi interposto o Pedido de Reexame que resulta no Acórdão 2142/2019, ora analisado.

O TCU determina à ANATEL que, no prazo de 210 dias a contar da ciência do Acórdão, apresente relação que identifique todos os bens reversíveis do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), ao final do exercício de 2017, sem as falhas identificadas nas Relações de Bens Reversíveis, apresentadas pelas concessionárias, após cotejo com as informações relativas aos bens reversíveis e do ativo imobilizado das operadoras de telefonia fixa comutável, obtidas de outras fontes. Além disso, o TCU determina quais devem ser os procedimentos a serem cumpridos para isso.

Em primeiro lugar, o que o TCU chama de “*falhas identificadas nas Relações de Bens Reversíveis*” é tratado principalmente no capítulo IX do Voto do Relator e é o principal desentendimento entre as duas instituições. Em síntese, o TCU discorda da maneira em que a

ANATEL inventariava os bens reversíveis, tanto antes da edição do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, em 2006, quanto depois.

Ao quantificar o valor dos bens sob concessão no setor, o TCU parte da premissa de que todos eles são reversíveis, totalizando R\$ 108,3 bilhões em 2011, estimado atualmente em R\$ 121,6 bilhões. Assim, todo bem na concessão é reversível, inclusive aqueles oriundos da exploração da concessão<sup>89</sup>. Como visto, a ANATEL desde os primórdios quantificava os bens reversíveis a partir de uma visão funcional<sup>90</sup>.

Em segundo lugar, dentre os procedimentos a serem tomados pela ANATEL para cumprimento da determinação, destacam-se:

9.2.1. solicite informações a prefeituras municipais, órgãos públicos federais, concessionárias e autorizadas de serviços públicos, prestadoras de serviços, cartórios de imóveis, para **identificar bens imóveis que, em algum momento, tenham composto o acervo das concessões do STFC**;

9.2.4. compulse a documentação disponível no Arquivo Nacional que, conforme comprovado nos autos da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, **contém documentos relativos aos bens reversíveis integrantes do patrimônio das antigas subsidiárias da Telebrás**;

9.2.5. solicite ao BNDEs e às consultoras KPMG e Azevedo Sodré as **listas de bens reversíveis elaboradas durante o processo de avaliação para a desestatização do sistema Telebrás**;

9.2.6. compulse os autos da Ação Civil Pública 0029346-30.2011.4.01.3400 e da Apelação Cível 0029346-30.2011.4.01.3400/DF, para verificar os documentos juntados aos autos pela Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, em especial **as escrituras de imóveis que, supostamente, faziam parte do acervo de bens reversíveis da Telebrás** e teriam sido extraídas de caixas armazenadas pelo Arquivo Nacional;

9.2.11. uma vez **identificado bem que, em qualquer tempo após 1998, tenha sido em qualquer momento necessário à prestação do serviço de telefonia fixa e não conste das Relações de Bens Reversíveis apresentadas pela operadora**, conceda-lhe oportunidade de comprovar sua destinação ou de contestar sua existência/classificação; [sem grifo no original]

Extraí-se dos trechos transcritos algumas conclusões: i) o TCU pretende identificar todos os bens imóveis que em algum momento tenham composto o acervo das concessões do STFC; ii) os bens integrantes do patrimônio das antigas subsidiárias da Telebrás podem ser bens reversíveis, uma vez que já o foram no passado; e iii) se algum bem após 1998 foi considerado

<sup>89</sup> Quanto à venda de bem reversível, há previsão, no art. 17 do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, de depósito em conta vinculada do valor auferido, com o objetivo de que este seja aplicado na concessão.

<sup>90</sup> Em sintonia com o posicionamento da ANATEL está a novel Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, que considera como bens reversíveis “os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido”. (Art. 144-C da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997).

bem reversível e não consta da Relação de Bens Reversíveis é do interesse do TCU que seja comprovada sua destinação.

Em terceiro lugar, em diversos momentos, o Acórdão sugere que os bens que em algum momento tenham sido reversíveis, devem ser tratados como tal, afirmando inclusive que *bens adquiridos com recursos derivados de bens reversíveis são bens reversíveis*. Em outros, há duras críticas à regulação promovida pela ANATEL. Citem-se:

[...] como se essa atitude fosse capaz de suprimir **dezoito anos de negligência, no trato com a coisa pública e com o interesse público, bem como no cumprimento de suas obrigações legais, contratuais e regulamentares**. [sem grifo no original]

[...]

A exatidão das RBR era absolutamente imprescindível para assegurar que o patrimônio multibilionário, utilizado pelas concessionárias, na prestação do serviço concedido, hoje estimado em mais de R\$ 121,6 bilhões, **não fosse dilapidado, ao longo do período da concessão**.

[...]

Estranho que os beneficiários da inação da Agência Reguladora sejam exclusivamente as empresas concessionárias que, pela ausência completa de informações, tornam-se proprietários de patrimônio que não era seu, consistentes em bens vinculados ao serviço público. **A ausência de acompanhamento dos bens reversíveis surtiu esse deletério efeito para o patrimônio público**.

[...]

Houvesse a Anatel, ao menos, exigido depósito dos recursos provenientes de alienação de bens reversíveis em conta bancária vinculada, até sua aplicação nas próprias concessões, conforme ordenado pelo art. 17 do RCBR, que ela própria editara, disporia de conhecimento, ao menos, a respeito das mutações ocorridas a partir de 2005 no acervo de bens reversíveis das concessões. **Isso significa o descumprimento pela Anatel de suas próprias regras**.

[...]

**No mais, os mecanismos de controle que vem sendo utilizados pelo ente regulador não se mostraram tão efetivos quanto procura fazer crer, nem mesmo para assegurar a continuidade do serviço prestado pelas atuais operadoras de telefonia fixa. Tanto que não evitaram o pedido de recuperação judicial da Oi S.A., a maior do país.** [sem grifo no original]

O Acórdão, ao traçar todas essas críticas à atuação da ANATEL, não mencionou sua participação no processo de desestatização do setor.

Por exemplo, são feitas as seguintes afirmações: i) “[o] *inventário de bens reversíveis existentes em 1998 é imprescindível para que sejam reclamados das operadoras de STFC ao final da concessão*”; ii) ocorreu “*ostensivo descumprimento à norma*” do art. 93, XI, da LGT, uma vez que nos contratos de 1998 não foram apresentadas as listas de bens reversíveis, trazendo apenas as características do que é um bem reversível para os fins do contrato; e, principalmente, iii) que “*os contratos de concessão não poderiam ter sido celebrados sem o inventário desses bens*”.

A esse respeito parece que o TCU pretende impor uma interpretação retroativa. Isto é, em 1998, quando participou publicamente do processo de desestatização do setor, avaliando os contratos, o TCU não enxergou impedimento no fato de não se listar minuciosamente quais bens devem compor o acervo de bens reversíveis.

Naquele processo que envolveu vários agentes, dentre eles a ANATEL e o TCU, a política nacional foi no sentido de dar agilidade e efetividade à concessão. Rever nesse momento aquela política, mais do que ir de encontro com o campo da discricionariedade da ANATEL pode significar o confronto com o que o próprio TCU entendia no passado<sup>91</sup>.

Em quarto lugar, fica bastante evidente que o TCU invadiu a esfera discricionária da Agência no momento em que qualifica como “*baixo [o] controle sobre a destinação dos recursos oriundos das alienações dos bens reversíveis e a ocorrência de alienação, desvinculação, substituição e oneração de bens reversíveis sem a anuência prévia da Aneel*”.

Isto é, invade a discricionariedade, na medida em que a opção por um menor ou maior controle implicaria inevitavelmente no aumento de custos, com consequente impacto na modicidade tarifária, sem garantia de maior efetividade no objetivo de continuidade mais garantida da prestação dos serviços.

Em quinto lugar, nota-se um tom mais severo do TCU do que o habitual, pelo menos quando se trata de impor determinações às Agências Reguladoras. Trata-se da afirmação da possibilidade de responsabilização dos dirigentes da ANATEL caso o TCU entenda ter havido algum dano diante da omissão por não se acolher o novo entendimento, patrimonialista.

Esse tom “ameaçador” pode ser extraído do seguinte trecho:

Caso venha a ser apurado dano que se possa associar à omissão continuada no cumprimento de obrigações legais, contratuais e regulamentarias, decerto estarão os agentes da Anatel sujeitos à responsabilização, os quais deveriam ser os primeiros interessados em evitar que esse dano se concretize.

---

<sup>91</sup> A esse respeito, menciona-se o art. 24 da LINDB que veda a invalidade de situação plenamente constituída, ante à mudança de orientação administrativa geral: Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942)

Como apresentado no tópico que se dispôs a apresentar a reação da ANATEL. Parece que a Agência tem envidado esforços para cumprir as determinações, pelo menos até a hipótese de desconstrução do entendimento da Corte por outras vias.

Em sexto lugar, a respeito do atendimento dos parâmetros de controle tratados no capítulo II, que são a legalidade, a legitimidade e a economicidade. Parece que o TCU levanta o aspecto da economicidade como razão suficiente do controle, invocando o suposto descumprimento legal por parte da ANATEL ao não listar no passado os bens que deveriam ser considerados reversíveis e não realizar o acompanhamento sob um ponto de vista patrimonial.

Porém, parece que esses parâmetros não estão de todo observados pelo TCU, na medida em que a economicidade deve ser auferida sob a ótica de alinhamento a uma política de Estado. Também a ilegalidade por parte da ANATEL não está clara, considerando a sua discricionariedade e a opção do Estado brasileiro em conduzir as concessões de telecomunicações sem listar bens reversíveis sob um viés patrimonial e engessado.

Em sétimo lugar, o Acórdão merece ser comentado à luz da classificação dos conceitos de ato vinculado e ato discricionário. Como visto, o próprio entendimento do TCU no passado foi o de que ele poderia determinar às Agências Reguladoras que adotassem providências necessárias à correção de irregularidades, apenas no que dizia aos atos vinculados. Quanto aos atos discricionários, o entendimento era de que o TCU poderia apenas recomendar a adoção de providências que entendesse mais adequadas, uma vez que o administrador goza de liberdade.

O TCU até havia afirmado que, mesmo exercendo no passado algum grau de regulação, enquanto as Agências eram gestadas, isso só havia se dado em caráter excepcional. O risco era o de esvaziar a competência do regulador. Agora, parece que o TCU está revendo também esse posicionamento ao controlar um ato-fim, discricionário.

Em oitavo lugar, vem à tona a discussão da relação corpo técnico e Plenário. Como dito, o processo em tela trata-se de Relatório de Auditoria, portanto de iniciativa da unidade técnica do TCU. O Voto do Ministro Relator, muito bem fundamentado, está alinhado ao relatório.

O relatório do Acórdão analisado, por tratar-se de Pedido de Reexame, é bem curto. Contudo, o relatório do primeiro Acórdão, o de nº 3311/2015, traz extensa análise do corpo técnico. Para dimensionar o papel do corpo técnico na decisão, destaca-se que de 120 páginas de Acórdão, 82 são do Relatório. O restante, 3, são do Acórdão propriamente dito e 35 são do Voto.

É inegável a importância do papel dos auditores no resultado do Acórdão, na medida em que o Voto acompanha o entendimento das unidades técnicas. Assim, pode-se afirmar que o TCU adentra no mérito da política da ANATEL no caso específico principalmente por intermédio do trabalho técnico realizado pelos auditores. Trabalho esse endossado pelos Ministros em Plenário, dentro do desenho institucional do TCU.

Em nono e último lugar, quanto às discussões acerca dos mecanismos utilizados pelo TCU para exercer o controle sobre autoridades reguladoras (recomendação ou determinação), no caso em tela o TCU aplicou diretamente as determinações, inclusive com aquele tom severo mencionado anteriormente.

Como visto, geralmente a praxe é que mesmo por recomendação a Agência acolha as considerações da Corte, principalmente quando a recomendação está acompanhada de prazo. Aqui, houve determinação expressa, sob o risco de responsabilização dos dirigentes, se identificado algum dano a partir da interpretação do TCU.

## CONCLUSÃO

Na presente monografia procurou-se apresentar alguns dos aspectos capazes de auxiliar na identificação de uma boa prática de controle exercido pelo TCU. O objetivo foi o de apresentar o comportamento dos agentes envolvidos no cenário de sobreposição regulatória em um caso específico e apresentar considerações sobre a situação encontrada. Por mais que se tenha pretendido verificar os limites de atuação do TCU, inevitavelmente questões de mérito do ato administrativo do caso foram analisadas.

Primeiramente, foi apresentado o cenário de sobreposição regulatória entre Tribunal de Contas e autoridade reguladora mais como uma premissa. Nesse sentido, regulação, Agências Reguladoras, Tribunal de Contas e controle foram os tópicos escolhidos para melhor contextualizar o caso narrado.

Em um segundo momento, o TCU foi apresentado como um componente da atividade da regulação no Brasil. Assim, buscou-se apresentar sua composição com o objetivo de demonstrar quem ele é, e, a partir disso, analisar quais são os mecanismos empregados no controle. Ao final, pretendeu-se demonstrar o histórico de atuação do TCU de forma sintética, com o objetivo de situá-lo no fenômeno da regulação.

Examinadas as premissas do tema dessa monografia, partiu-se para o estudo mais aprofundado do exercício do controle do TCU em um caso específico. Nesse campo, pretendeu-se investigar os fundamentos do Acórdão, a reação da autoridade reguladora controlada pelo TCU e, finalmente, traçar comentários sobre a situação investigada.

As principais conclusões estão enquadradas no último tópico do terceiro capítulo e se traduzem no entendimento de que, nesse caso específico, o Tribunal de Contas extrapolou alguns limites do seu poder de fiscalização. O resultado não foi de um controle comedido e alinhado às diretrizes constitucionais para o Tribunal; foi, na verdade, de captura dos poderes regulatórios da ANATEL pelo órgão técnico do TCU.

Essa captura, como se viu, implicou na revisão de um posicionamento firmado não apenas pela ANATEL quando do advento de um Estado regulador brasileiro, mas do próprio TCU, que, no passado, legítima e legalmente, endossou o projeto político.

Em suma, viu-se que o TCU passou a discordar da maneira em que a ANATEL inventariava os bens reversíveis, tanto antes da edição do Regulamento de Controle de Bens Reversíveis, em 2016, quanto depois. Isso levou ao entendimento de que a ANATEL estaria inventariando os bens reversíveis de forma errônea, descumprindo, portanto, sua função regulatória.

Viu-se que quando o TCU afirma que a ANATEL foi omissa ao listar os bens reversíveis, ele parte de pressuposto que não aquele do final dos anos 90: o pressuposto de que todos os bens que compuseram a concessão devem ser reversíveis. Assim, o TCU parte da premissa de que todos eles são reversíveis, inclusive aqueles oriundos da exploração da concessão.

Além disso, viu-se que sob o pretexto de haver risco ao erário diante da falta de listagem nos moldes ditados pelo TCU, o próprio Tribunal determina quais providências devem ser tomadas pela ANATEL, para que essa cumpra integralmente a posição patrimonialista.

Também foi comentado que o TCU traçou críticas fortes à atuação da ANATEL, sem mencionar a própria participação no longo processo de fixação do Estado gerencial brasileiro. Afirma que houve descumprimento ostensivo à norma no passado pela ANATEL, porém deixa de lado a evidência de sua participação nos contratos de concessão.

A esse respeito, parece que o TCU pretende impor uma interpretação retroativa, com custos e consequências que não merecem ser ignorados, à política firmada lá atrás, num cenário de amplo estímulo ao investimento privado. Voltar atrás nesse posicionamento, além de ir de encontro com o art. 24 da LINDB, implicaria em grande insegurança no setor, assustando investidores. Além disso, iria de encontro também com a nova Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, que fixou no setor o entendimento de bens reversíveis como “*os ativos essenciais e efetivamente empregados na prestação do serviço concedido*”.

Entendeu-se que o TCU invadiu a esfera discricionária da Agência no momento em que qualificou e adjetivou a regulação da ANATEL, determinando a adoção de outra forma regulação, dentro de rígidas providências. Como apresentado, o papel do TCU, quando do controle da Administração, deve ser o de recomendar, ainda mais em se tratando de uma autoridade reguladora.



A discricionariedade da Agência está no fato de que a opção por uma regulação ou outra implica inevitavelmente em custos e consequências que devem ser sopesados dentro da estrutura constitucional de Estado regulador brasileiro. A título de exemplo, viu-se a opção por um menor ou maior controle por parte da Agência implicaria inevitavelmente nos custos, sem garantia de maior efetividade no objetivo de continuidade mais garantida da prestação dos serviços.

Ao emitir suas determinações, o TCU usou de um tom mais rígido do que aquele verificado no levantamento bibliográfico. Isso porque o Acórdão, de forma sutil, mas expressa, destacou a possibilidade de responsabilização dos dirigentes da ANATEL diante das consequências do descumprimento.

De fato, o TCU detém poderes para responsabilizar os agentes e seus Acórdãos são cogentes. Assim, a ANATEL tem agido corretamente ao cumprir as determinações do Tribunal, que podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Viu-se que o TCU invoca tanto o aspecto da economicidade de sua posição patrimonial, quanto a aparente ilegalidade da Agência por sua escolha regulatória. À luz dos parâmetros trazidos no segundo capítulo (legalidade, legitimidade e economicidade), conclui-se que o TCU falhou na sua observância, conforme exposto no tópico de comentários ao Acórdão.

O Acórdão também foi comentado à luz da classificação dos conceitos de ato vinculado e ato discricionário. Apresentou-se que o próprio entendimento do TCU no passado foi o de que ele poderia determinar às Agências Reguladoras que adotassem providências necessárias à correção de irregularidades, apenas no que dizia aos atos vinculados.

E, quanto aos atos discricionários, o entendimento era de que o TCU poderia apenas recomendar a adoção de providências que entendesse mais adequadas, uma vez que o administrador goza de liberdade.

Esse foi o entendimento da doutrina analisada no segundo capítulo e coaduna com o entendimento da Corte extraído dos julgados apresentados. O TCU até havia afirmado que, mesmo exercendo no passado algum grau de regulação, enquanto as Agências eram gestadas,

isso só havia se dado em caráter estritamente excepcional. Isso porque haveria o risco de se esvaziar a competência do regulador.

Também foi destacada a importância do corpo técnico do TCU, levando inclusive à conclusão de captura da regulação da Agência pela Unidade Técnica. Para chegar a essa conclusão, além do levantamento bibliográfico que sustentou a hipótese, foi analisado o teor dos três acórdãos no âmbito do Relatório de Auditoria. Para demonstrar a relevância do corpo técnico na decisão, destacou-se que de 120 páginas de Acórdão, 82 compuseram o Relatório. O restante, 3, foram do Acórdão propriamente dito e 35 do Voto longamente fundamentado.

O Voto, proferido pelo Ministro, acompanha o entendimento das unidades técnicas, endossando-o. Assim, afirmou-se que o TCU adentrou no mérito da política da ANATEL nesse caso em análise principalmente por intermédio do trabalho técnico realizado pelos auditores, aprovado pelos Ministros em Plenário, dentro do desenho institucional do TCU.

Finalmente, foram retomadas as discussões acerca dos mecanismos utilizados pelo TCU para exercer o controle sobre autoridades reguladoras (recomendação ou determinação), trazidas também no segundo capítulo a partir trabalho realizado pelo grupo da Universidade de São Paulo. Concluiu-se nesse caso que o TCU optou diretamente pelas determinações, em detrimento das estimuladas recomendações, inclusive com aquele tom severo mencionado anteriormente.

Por óbvio, não se pretende a enunciação de conclusões definitivas, tampouco esgotar a análise do caso em tela, que guarda muitas outras questões de fundo. O que se espera, diante do exposto, é que o presente trabalho possa contribuir, ao menos indiretamente, para a necessária renovação dos esforços de aperfeiçoamento da matéria do controle da Administração pública brasileira, especialmente pelos Tribunais de Contas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 12, 2005, p. 93-94.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 251-272, 2012.

BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil**: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 175, p. 59-65, set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In MORAES, Alexandre (org.). **Agências Reguladoras**. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 129 – 131.

BARROSO, Luís Roberto. **Natureza Jurídica e Funções das Agências Reguladoras de Serviços Públicos**. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado in Revista Trimestral de Direito Público, vol. 25. São Paulo: Malheiros, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. Anatel. Análise nº 292/2019/AD. Relator: Conselheiro Aníbal Diniz. Sistema Eletrônico de Informações. [Brasília, DF], 18 out. 2019.

BRASIL. Anatel. Voto nº 31/2019/VA. Relator: Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Sistema Eletrônico de Informações. [Brasília, DF], 08 nov. 2019.

BRASIL. Anatel. Voto nº 32/2019/VA. Relator: Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. [Brasília, DF], 08 nov. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. **DOU**, 05 maio 2000.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **DOU**, 26 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. **DOU**, 17 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **DOU**, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **DOU**, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. **DOU**, 17 jul. 1997.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 1107/2003, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, **DOU** 25.08.2003.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 1703/2004, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Data da Sessão: 03.11.2004.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 1809/2016, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Data da Sessão: 13.07.2016.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 210/2013, Plenário, Rel. Min. José Jorge, **DOU** 20.02.2013.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 2142/2019, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 11.09.2019.

BRASIL. TCU, Acórdão nº 3311/2015, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, Data da Sessão: 09.12.2015.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 631-632.

CAMPOS, Rodrigo Pinto de. **Conflito de Competências entre Administração Direta e Agência Reguladora**: o caso da aviação civil in Revista de Direito Público da Economia, vol. 23. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2008.

CARPENTER, Daniel, **Reputation and Power: organizational image and pharmaceutical regulation at the FDA**, Princeton University Press, 2010. \_\_\_\_ e George Krause, Reputation and Public Administration, Public Administration Review, vol. 72, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil**. Jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Juarez. Regulação administrativa e os principais vieses. **A & C - R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p.93-105, jan./mar. 2016. p. 94.

GOLÇALVES NETO, Luiz Alonso. **O Controle da Regulação** – Limites ao controle do Tribunal de Contas aos atos de Agências Reguladoras in Interesse Público, vol. 43. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 91.

JORDÃO, Eduardo. **A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados** – controlador ou administrador? in Revista Brasileira de Direito Público, vol. 47. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A exploração econômica de bens públicos**: cessão do direito à denominação. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 30, p. 175-198, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 43, 2007.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**: Teoria, Jurisprudência e mais de 500 questões. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. **Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, set. 2019. ISSN 2238-5177.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A Nova Regulação dos Serviços Públicos**. RDA, v. 228, abr./jun. 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as Agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica.** Belo Horizonte: Fórum, 2010b.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 105-109, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessão de Serviços Públicos e Prestação de Serviços de Interesse Coletivo: Diferença de Regimes Jurídicos.** BLC Boletim de Licitações e Contratos, ano XVI, n. 7, jul. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e Anatel. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 300-316.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **O uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 236, p.1-31, abr./jun. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Utilização de bem público para a instalação de redes aplicadas à prestação de serviços de telecomunicações.** Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 764, p. 97-110, jun. 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene. Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade: A reversibilidade dos bens no setor de telecomunicações de acordo com os precedentes da Anatel. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo Redac**, São Paulo, v. 10, p.41-60, jul. 2014. Bimestral.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses da administração pública no Brasil in MARCOS AUGUSTO PEREZ; RODRIGO PAGANI DE SOUZA (orgs.). **Controle da administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; MORENO, Maís (Org.). **Observatório do controle da administração pública**: Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo: Gpcap, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. 183 p.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Reversão de bens na concessão**. In: Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. p. 55-82.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A Propósito do Controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as Agências Reguladoras** – em busca de alguns standards possíveis in Revista de Direito Público da Economia, vol. 38. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2012.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Agências Reguladoras e o Controle da Regulação pelo Tribunal de Contas da União** in PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva;

MOREIRA, Egon Bockmann. **Concessão de serviços públicos**: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 1, p. 100-112, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Agências Reguladoras, diálogos institucionais e controle**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. 3ª ed. Granada: Comares Editorial, 2004.

PEREZ, Marcos Augusto. **O risco no contrato de concessão de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.



ROSILHO, A. J. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da união**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As Agências Reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Orgs.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 469-537.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. **Tribunais de Contas: Teoria e prática da responsabilização dos agentes públicos e privados por infração administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços de telecomunicações em regime privado e direitos dos usuários. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2013. v. 1. p. 255-278.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. BENS REVERSÍVEIS NAS CONCESSÕES PÚBLICAS: A INVIABILIDADE DE UMA TEORIA GERAL. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [s.l.], v. 61, n. 2, p.149-174, 23 ago. 2016. Universidade Federal do Paraná.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O Tribunal de Contas da União e a regulação**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 194, p. 73-79, fev. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifas dos serviços de telecomunicações e direitos do consumidor**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, n. 18, p. 1018-1026, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **O Valor das Decisões do Tribunal de Contas da União sobre Irregularidades em Contratos** in Revista Direito GV, vol. 13. São Paulo: FGV, 2017.

ZYMLER., Benjamin. **O papel do Tribunal de Contas da União no controle das Agências Reguladoras** in Fórum Administrativo - Direito Público - FA, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2002.